Die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit eines Markenzeichens

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt von

Walter Kolb, Fürsprecher
von Bern.

1930
Buchdruckerei Hans Schenk
Bern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Aufgabe des Markenzeichens im Wirtschaftsleben 8

I. TEIL. Schweizerisches Recht.

I. Kapitel. Materielles Recht.

§ 2. Begriff und Art der Verwendung eines Markenzeichens 10
§ 3. Der Zeichenberechtigte 19
§ 4. Das originelle und das gemeinfreie Zeichen 23
§ 5. Das unterscheidungsfähige Zeichen 36
§ 6. Die Einwirkung des öffentlichen Interesses 50

II. Kapitel. Formelles Recht.

§ 7. Die Entstehung und Ueberprüfung der Schutzfähigkeit eines Zeichens 60

II. TEIL. Internationales Recht.

§ 8. Die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit ausländischer Marken in der Schweiz 77

Literaturangaben.

Baumann:	Die Kassationsbeschwerde im schweizerischen Strafprozessrecht, 1922.
Bry:	La Propriété industrielle, 1914.
Chenevard:	Traité de la Concurrence Déloyale, Tome Premier, 1914.
Dunant:	Traité des Marques de Fabrique et de Commerce 1898.
Elster:	Urheber- und Erfinder-Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht 1928.
Freund-Magnus:	Warenzeichenrecht, Internationale Verträge, 1924.
Germann:	Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung, 1927
Hagens:	Warenzeichenrecht, 1927.
Kohler:	Warenzeichenrecht, 1914
Mackenroth:	Nebengesetze zum Schweizerischen Obligationenrecht, 1898
Meili:	Markenstrafrecht, 1888.
Osterrieth:	Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, 1908.
„	Die Washingtoner Konferenz 1912.
„	Die Haager Konferenz, 1928.
Pisko:	Warenzeichenrecht (in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts).
Pouillet:	Traité des Marques de Fabrique, 1892.
Rosenthal:	Wettbewerbsgesetz, 1927.
Salis, v.:	Die Kompetenzen des Bundesgerichtes in Strafsachen, 1926.
Schuler:	Die Concurrence Déloyale usw. 1908.
Seligsohn:	Warenzeichenrecht, 1925.
Walker.	Internationales Privatrecht, 1926.
Weiss Th.:	Die Concurrence Déloyale, 1908.
„	Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, 1913.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (B. G. E.)
Praxis des Bundesgerichtes (Pra.)
Schweizerische Juristenzeitung (S. J. Z.)
Schweizerisches Bundesblatt (Bu. Blatt)
Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Bl. f. Z. R.)
Propriété Industrielle, organe officiel du Bureau international de l'Union pour la protection de la propriété industrielle (Propr. Ind.)
Semaine judiciaire (Sem. jud.)
Zeitschrift des bernischen Juristenvereines (Z. B. J. V.)
Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (G. R. U. R.)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. verschiedene Abänderungen zum Bundesgesetz vom 19. Dezember 1879 über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 9. November 1886. (Der dieser Botschaft beigelegte Gesetzesentwurf erlangte nie Gesetzeskraft.)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken und über die Art und Weise, wie falsche Angaben in Bezug auf die Herkunft von Waren und auf erlangte gewerbliche Auszeichnungen geahndet werden sollen vom 28. Januar 1890.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des roten Kreuzes vom 15. März 1909.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 27. März 1925.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Abänderung des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890 vom 15. Februar 1928.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 16. Dezember 1929.

Stenographisches Bulletin des National- und Ständerates vom Dezember 1928

Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1928. Justiz- und Polizeidepartement, VI. Amt für geistiges Eigentum.

Rechtsquellen.

Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890, abgeändert durch Bundesgesetz vom 21. Dezember 1928. (M. G.)

(Die durch Bundesgesetz vom 21. Dezember 1928 abgeänderten oder neu eingeführten Artikel sind in dieser Arbeit durch einen der Artikelnummer beigesetzten Stern (*) gekennzeichnet).

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, abgeändert durch B. G. vom 28. Juni 1895, 24. Juni 1904, 6. Oktober 1911, 24. Juni 1919, 25. Juni 1921, 11. Juni 1928. (O. G.)

Bundesgesetz betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des roten Kreuzes vom 14. April 1910.

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911. (O. R.)

Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928. (V. D. G.)

Eidgenössische Lebensmittelverordnung vom 23. Februar 1926.

Reglement für das schweizerische Bundesgericht vom 26. November 1928.

Vollziehungsverordung zum Bundesgesetz vom 26. September 1890 betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, abgeändert durch Bundesgesetz vom 21. Dezember 1928 vom 24. April 1929.

Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918.

Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 16. Dezember 1929.

Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutze des gewerblichen Eigentums, revidiert in Brüssel am 14. Dezember 1900, in Washington am 2. Juni 1911 und Im Haag am 6. November 1925. (P. Ue.)

Madrider Uebereinkunft vom 14. April 1891 betreffend die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken, revidiert in Brüssel am 14. Dezember 1900, in Washington am 2. Juni 1911 und Im Haag am 6. November 1925.

(Die durch die Haager Konferenz abgeänderten oder neu eingeführten Artikel dieser beiden Uebereinkommen sind in dieser Arbeit durch einen der Artikelnummer beigesetzten Stern (*) gekennzeichnet).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549620_0048

Einleitung.

§ 1. Die Aufgabe des Markenzeichens im Wirtschaftsleben.

I. Das Markenzeichen bezweckt die Bestimmung und Unterscheidung der Herkunft von Erzeugnissen oder Waren aus einem Geschäftsbetrieb gegenüber andern Waren oder Erzeugnissen aus einem andern Geschäftsbetrieb[1]. Es stellt also neben der Firma, Enseigne, Ausstattung und dergleichen eines der Mittel dar zur Bestimmung der Leistungskraft eines Gewerbetreibenden.

Haben die Leistungen eines Gewerbetreibenden hinsichtlich seiner Erzeugnisse im Geschäftsverkehr Anerkennung gefunden, so hat das Markenzeichen infolge seiner Bestimmungs- und Unterscheidungsfunktion sogleich die Aufgabe, diesen Erfolg dem Zeicheninhaber zu sichern und durch den allgemeinen Gebrauch den Absatz der Waren zu fördern: Werbefunktion des Zeichens[2].

Jedoch nicht nur dem Produzenten der Ware oder dem Handeltreibenden soll das Markenzeichen dienlich sein. Es soll vielmehr auch dem Konsumenten dafür bürgen, dass er die Ware, die er zu kaufen wünscht, wirklich erhält, und dass sie denjenigen Anforderungen genügt, die kraft ihrer Herkunft von ihr verlangt werden dürfen.

II. Sowohl im Interesse des Konsumenten wie des Produzenten ist es, wenn das Markenzeichen, das für die Güte der Ware und für ihren Absatz bestimmend ist, das dadurch unsichtbar eine Verbindung zwischen diesen Personen knüpft, von unlauteren Machenschaften der Konkurrenz unberührt bleibt.

Dadurch soll die Konkurrenz nicht gehindert werden, Waren gleicher oder besserer Güte auf den Markt zu setzen. Allein sie soll die gleiche oder erhöhte Leistungsfähigkeit mit eigenen Mitteln im Geschäftsleben durchsetzen. Nicht etwa darf hierfür die Leistungskraft eines bereits im Wirtschaftsleben anerkannten

---

[1]) **Osterrieth:** Lehrbuch, S. 290; **Kohler:** Warenzeichenrecht § 18; **Elster:** S. 370; G.R.U.R. 34, S. 23 ff.; B.G.E. 21, S. 702.

[2]) G.R.U.R. eod.

Mitbewerbers ohne Einsetzung der Eigenen verwendet und ausgebeutet werden[3]). Dieser Grundsatz gilt vornehmlich im Markenzeichenrecht: Ein jüngeres Zeichen soll sich von einem älteren Zeichen derart unterscheiden, dass nicht der Eindruck erweckt wird, es sei mit dem älteren gleichbedeutend, so dass dadurch die Herkunft der Ware zu Verwechslungen Anlass gibt.

III. Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen soll sein zu prüfen, wann ein Zeichen im Wirtschaftsleben Anspruch auf Schutzfähigkeit hat, unter welchen Voraussetzungen die Leistungsfähigkeit eines Gewerbetreibenden, die durch das Zeichen verkörpert wird, zu schützen ist.

---

[3]) **Weiss:** Concurrence Déloyale, S. 4 ff.; **Schuler:** S. 16 ff.; **Rosenthal:** S. 146 ff.

I. Teil.
Schweizerisches Recht.

I. Kapitel.
Materielles Recht.

§ 2. Begriff und Art der Verwendung eines Markenzeichens.

I. Begriff.

Um seiner Aufgabe und Bedeutung genügen zu können, muss das Markenzeichen ein Kenn- oder Merkzeichen sein[1]), das auf der Ware oder deren Verpackung angebracht werden kann. Dadurch kann es sich dem Gedächtnis des Beschauers, insbesondere dem des Käufers der Ware leicht einprägen: Es ist ein flächenmässig abgeschlossenes Gebilde, das durch den Sinn ohne längere Prüfung erfasst werden kann.

Ist dieses flächenmässig begrenzte Gebilde bildlich ausgestattet, so sprechen wir von einem Bildzeichen, ist der Inhalt durch Wörter, Buchstaben, Zahlen, oder aus einer Verbindung dieser Elemente bestimmt, so nennen wir diese Zeichen Wort-, Buchstaben-, Zahlen- oder Kombinationszeichen.

Schon hier ist zu bemerken, dass das Zeichen etwas eigenartiges, eine Neuschöpfung darstellen muss, nicht zu Verwechslungen Anlass geben und endlich nicht mit dem öffentlichen Interesse in Widerspruch stehen darf.

II. Die markenmässige Verwendung des Zeichens.

1. Die Warenfunktion. Gemäss den Bestimmungen des schweizerischen Rechtes, Art. 1, Ziff. 2 M. G., muss das Markenzeichen mit der Ware oder deren Verpackung in Verbindung stehen: es muss auf ihr angebracht werden. Nicht Marke ist also die

[1]) **Elster:** S. 372; **Kohler:** § 20; **Pisko:** § 60; **Osterrieth:** Lehrbuch S. 290; G.R.U.R. 14, S. 220.

Ware selbst, auch wenn sie eine charakteristische Form hat; auch nicht die Umhüllung, selbst wenn ihre Form eigenartig ist. Solche Gebilde sind zwar nicht schutzlos gegen Nachahmungen oder Nachmachungen. Es können aber hierfür nicht die Bestimmungen des M. G., sondern nur die über unlautern Wettbewerb, O. R. Art. 48 angerufen werden. In Uebereinstimmung mit dem Wortlaut des Art. 1, Ziff. 2 M. G., haben die Gerichte vollständig richtig denn auch die Verwendung eines Zeichens auf Prospekten, Inseraten Ladenschildern usw. nie als Zeichen im technischen Sinne aufgefasst, sondern solchen Gebilden nur den Schutz aus O. R., Art. 48 gewährt[2]).

De lege ferenda müsste es sich zweifellos rechtfertigen, solche zeichenähnliche Wesen ebenfalls als Zeichen im technischen Sinne aufzufassen und ihnen somit den Rechtsschutz des M. G. zu gewähren. Denn zweifellos stehen sie mit den Zeichen in enger Verwandtschaft und dienen alle zur Bezeichnung der Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb. Reine Markenrechtsverletzungen sind überdies selten. In der Regel wird nicht nur das Markenzeichen im technischen Sinne, sondern auch das „Zeichen" in Prospekten, Inseraten u. dgl. verletzt. Oft wird zugleich noch die eigenartige Form des Erzeugnisses oder der Verpackung nachgemacht. Alle diese Rechtsverletzungen sollten in ein und demselben Prozesse beurteilt werden können, zumal sich vielfach die gleichen Rechtsfragen erheben.

Bedrückend wirkt es, dass in internationaler Beziehung solche Gebilde in der Schweiz als Marke zu schützen sind, sofern das Recht des Ursprungslandes sie als Marke bezeichnet, so dass durch die schweizerischen Marken in der Schweiz oft bezüglich ihrer Schutzfähigkeit schlechter gestellt sind als die ausländischen Zeichen in der Schweiz (Pariser Uebereinkunft Art. 6*). Schon aus diesem Grunde wäre es de lege ferenda gerechtfertigt, die markenähnlichen Gebilde der Marke gleichzustellen, sie zur Eintragung ins Markenregister zuzulassen und ihnen den spezifischen Markenrechtsschutz des M. G. zu gewähren.

[2]) B. G. E. 27, II, S. 625; 38, II, S. 566; 46, II, S. 151. Bl. f. Z. R. 15, Nr. 211. **Dunant:** S. 115 ff.; **Chenevard:** I, S. 195 ff.

In der Praxis kommt es oft vor, dass das Zeichen Bestandteil der Etikette ist, dass es sich auf einem Papierstreifen angebracht findet, der um die Verpackung des Erzeugnisses geklebt ist, und der ausser der Marke noch Angaben über die Ware, z. B. Gebrauchsanweisungen, enthält. Es liegt nun hier kein Grund vor, einem solchen Markenzeichen, das Bestandteil einer Etikette ist, den markenrechtlichen Schutz abzusprechen[3]). Der Einwand, dass das Zeichen dann nicht mit einem Blick, mit einer Sinneswahrnehmung erfasst werden könne, ist ohne Bedeutung. Denn auch das Zeichen, das Bestandteil der Etikette ist, kann sich dem Gedächtnis des Beschauers leicht und rasch ohne längere Prüfung einprägen.

2. Die Verbindung der Ware oder der Verpackung mit dem Zeichen. Das Zeichen muss mit der Ware oder der Verpackung ein Ganzes bilden. Es muss mit der Ware oder der Verpackung unzertrennbar verbunden sein. Es muss in dieser Eigenschaft erkannt werden können. Die Verbindung aber kann nach dem Wortlaut des Art. 1, Ziff. 2, M. G. in beliebiger Weise erfolgen.

Die Marke kann in der Ware oder der Verpackung eingekerbt, eingestanzt, eingeätzt, aufgemalt, aufgeklebt sein. Die Verbindung kann aber auch durch Schnur, Faden, Draht usw. erfolgen. Ob das Zeichen lithographiert, photographiert, gedruckt, handgezeichnet oder handgeschrieben ist, ist ohne Belang. Zulässig ist ebenfalls, dass das Zeichen im Innern der Ware oder der Verpackung angebracht ist; hierdurch soll den verschiedenen Geschäftsgebräuchen Rechnung getragen werden[4]).

3. Der Begriff der Ware. Als Waren sind zu bezeichnen bewegliche körperliche Sachen, die aus dem Gewerbebetrieb eines Industriellen, Produzenten oder Handeltreibenden stammen, und die Gegenstand des Tauschverkehrs sind. Da die Ware aus einem bestimmten Geschäfts- oder Gewerbebetrieb herkommen muss, da sie in diesem also erzeugt, be- oder verarbeitet werden muss, so ergibt sich, dass als Ware nur

---

[3]) Unrichtig B. G. E. 8, S. 105; 10, S. 547. Zutreffend B. G. E. 16, S. 134, 23, I, S. 644; 25, II, S. 292 u. 776; 34, II, S. 767; 37, II, S. 172, Z. B. J. V. 45, S. 86; 47, S. 81. **Dunant:** S. 166 ff.

[4]) **Dunant:** S. 89; **Seligsohn:** S. 187 ff.

bewegliche Sachen in Betracht kommen können[5]). Als Waren sind demnach auch zu betrachten bewegliche Sachen, die mit unbeweglichen verbunden werden sollen, solange die Verbindung nicht stattgefunden hat. Unter den Begriff der Ware sind auch zu stellen die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, die Rohprodukte der Natur, wie Früchte (von der Trennung an), Tiere, Erdschätze usw. Waren sind ebenfalls die Naturkräfte, wie Gas, Dampf, Elektrizität.

Nicht Waren sind die immateriellen Güter. Denn nicht massgebend kann sein der Niederschlag der Geistestätigkeit des Schriftstellers, Künstlers, Erfinders in Briefen, Gemälden, Statuen, Büchern, Patentschriften u. dgl., sondern nur die Geistesschöpfung dieser Personen, das unkörperliche, immaterielle Rechtsgut.

Nicht ausgeschlossen ist natürlich, dass der körperliche Gegenstand, in welchem die Geistesschöpfung ihren Niederschlag erhalten hat, vervielfältigt und in den Geschäftsverkehr gesetzt wird. Dieser Gegenstand kann freilich als Ware betrachtet und vom Verleger, Drucker usw. mit einem Markenzeichen versehen werden.

Gegenstand der Ware können auch nicht sein die Zeitungstitel; durch den Zeitungstitel sollen nicht die einzelnen Zeitungsexemplare bezeichnet werden, sondern die Geistesschöpfungen, die in den einzelnen Zeitungsexemplaren körperliches Dasein annehmen.

Waren sind dazu bestimmt, im Tauschverkehr umgesetzt werden zu können. Daraus folgt, dass Erzeugnisse, deren Vertrieb kraft Bundesgesetzes auf dem Gebiete der gesamten Eidgenossenschaft verboten ist, nicht als Ware gewertet werden können. Sie können deshalb auch nicht mit einem Markenzeichen versehen werden. Aus dem Zweck und der Aufgabe eines Zeichens ergibt sich, dass es nur dann die Leistungskraft und Leistungsfähigkeit eines Gewerbetreibenden bestimmen und fördern kann, wenn sie vom Staate anerkannt ist. Sofern der Staat Erzeugnisse vom Rechtsverkehr ausschliesst, die Leistungs-

---

[5]) Vgl. den Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1928, Justiz- und Polizeidepartement VI, Amt für Geistiges Eigentum S. 11.

fähigkeit eines Gewerbetreibenden als dem Zweck des Gesamtwohls des Staates und des Volkes widersprechend ansieht, so kann an diesen Waren kein Zeichenrecht erworben werden. Das Zeichen ist nicht dazu da, etwas Rechtswidriges zu fördern[6]). Hieran vermag auch die Pariser Uebereinkunft Art. 7 für den zwischenstaatlichen Verkehr nichts zu ändern. Wenn auch eine Ausländermarke in der Schweiz für ein Erzeugnis eingetragen werden muss, dessen Vertrieb in der ganzen Schweiz verboten ist, so hat eine solche Marke bloss eine Scheinexistenz. Das Erzeugnis, für das sie bestimmt ist, besteht für den Rechtsverkehr nicht. Hat diese Scheinexistenz drei Jahre gedauert, und ist nach Ablauf dieser Zeit die Ware immer noch vom Verkehr in der Schweiz ausgeschlossen, so kann nach Art. 9, Al. 1* M.G. gerichtliche Löschung der Marke angeordnet werden.

Ist jedoch das Erzeugnis bloss in einzelnen Kantonen der Schweiz vom Rechtsverkehr ausgeschlossen, in den übrigen dagegen nicht, so muss es als Ware im Sinne unserer Ausführungen von früher gelten, die mit einem Zeichen versehen werden kann[7]).

4. Der Begriff der Verpackung. Ausser der Ware kann das Markenzeichen auf der Verpackung angebracht werden. Darunter ist zu verstehen jede körperliche Sache, die zur Umhüllung einer Ware bestimmt ist, welche die Ware vor jeder äusseren Einwirkung schützt, also ihre Verwendung für den Wirtschaftsverkehr fördert[8]). Die Verpackung muss geeignet sein, dass darin die Ware verwahrt, befördert und in den Verkehr gesetzt und feil gehalten werden kann. Als Beispiele sind zu nennen: Behälter, Flaschen, Büchsen, Fässer, Körbe, Kisten, Säcke, Dosen, Schachteln, Umhüllungen im eigentlichen Sinne des Wortes.

III. Besonderheiten.

Soll ein Zeichen die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetriebe bezwecken, so kann es dieser Aufgabe nur dann Genüge leisten, wenn es auf der Ware oder der Verpackung

---

[6]) a. M. **Pouillet:** S. 95; **Bry:** S. 84; **Dunant:** S. 91; **Seligsohn:** S. 39; Richtig **Chenevard:** I, S. 309.

[7]) B. G. E. 13, S. 427; 20, S. 110.

[8]) **Chenevard**, I, S. 402.

angebracht, in den Verkehr gesetzt wird. Allein es gibt nun einige Erscheinungen, die zwar den Zweck des Zeichens nicht ändern wollen, dennoch aber eine Ausnahme der angeführten Regel verlangen.

Folgende Gebilde sind hier zu erwähnen: Die Vorratszeichen und Vorratswaren, Defensivzeichen und Defensivwaren. Alle diese Besonderheiten können nur dann bestehen, wenn sie ins Markenregister eingetragen werden. Nur dadurch kann ihre Existenz festgestellt werden.

1. Die Vorratszeichen[9]). Dies sind solche Zeichen, die der Markeninhaber ins Markenregister eintragen lässt, die er aber nicht schon in diesem Zeitpunkte, sondern später markenmässig verwenden will. Es besteht also immer die Absicht des Zeicheninhabers, das Zeichen später einmal zu gebrauchen. Oft werden verschiedene Zeichen für eine Ware gewählt. Ein Zeichen nach dem andern soll untersucht werden, wie es seiner Aufgabe für die Bestimmung der Herkunft einer Ware am besten Genüge leisten kann. Ein solches Zeichen ist nun nicht schutzlos. Jedoch ist sein Schutz nur ein bedingter. Wird das Vorratszeichen binnen drei Jahren seit seiner Eintragung im Markenregister markenmässig verwendet, so äussert es, sofern es den übrigen Voraussetzungen eines schutzfähigen Zeichens entspricht, die gleichen Wirkungen wie ein anderes Zeichen. Wird es aber in dieser dreijährigen Frist nicht verwendet, so kann es auf gerichtliche Klage hin gelöscht werden. Art. 9 Al. 1 * M. G. Der bis dahin bestehende Schutz des Zeichens wird vernichtet. Es muss angenommen werden, dass durch den dreijährigen Nichtgebrauch des Zeichens der Zeicheninhaber die Absicht hat, es überhaupt nicht mehr zu gebrauchen; er hat also kein Interesse mehr an dessen Schutzfähigkeit; deshalb rechtfertigt sich gerichtliche Klage auf Löschung durch Dritte. Diese praesumtio iuris kann aber der Zeichenberechtigte entkräften, wenn er die Unterlassung des Zeichengebrauches zu rechtfertigen vermag, so dass das Gericht die Löschungsklage abweisen muss. Art. 9, Al. 1 * M. G.

---

[9]) G.R.U.R. 32, S. 299 ff.; **Elster**: S. 396.

Der Dritte, der die Löschungsklage anstrengt, wird ein Konkurrent des Zeicheninhabers sein. Dadurch, dass er dartut, dass der Zeichenberechtigte eine Monopolstellung durch die Eintragung des oder der Vorratszeichen erlangt, die zu schützen kein Grund vorhanden ist, legitimiert er sich aktiv zur Löschungsklage.

2. Vorratswaren[10]*).* Das Zeichen wird bei der Anmeldung ins Markenregister für solche Waren angemeldet, die zu dieser Zeit noch nicht Gegenstand des Geschäftsbetriebes sind, die es aber später werden sollen. In der Regel wird zwar das Zeichen bereits bei seiner Eintragung markenmässig verwendet. Es soll aber später auch für die Waren verwendet werden, die Gegenstand des erweiterten Geschäftsbetriebes sind. Der Geltungsbereich des Zeichens in Bezug auf die Waren soll später erweitert werden.

Durch die Eintragung der Vorratswaren wird der Gewerbetreibende in die Möglichkeit versetzt, sämtliche gegenwärtig und in Zukunft aus seinem Geschäftsbetrieb stammenden Waren mit dem gleichen Zeichen zu versehen. Findet keine Erweiterung des Geschäftsbetriebes statt, so kann die Konkurrenz Löschung des Zeichens für die nicht markenmässig verwendeten Waren verlangen, es sei denn, dass der Zeichenberechtigte den Nichtgebrauch des Zeichens für die Vorratswaren rechtfertigen kann. Art. 9, Al. 1* M.G.

3. Defensivzeichen[11]*).* Darunter sind solche Zeichen zu verstehen, deren sich der Berechtigte nicht bedienen will und die bloss zum Schutze eines markenmässig verwendeten Zeichens eingetragen werden. Mit diesem Zeichen, dem Hauptzeichen, haben sie stets eine gewisse Aehnlichkeit.

Das Defensivzeichen wird bloss eingetragen, wenn das Hauptzeichen markenmässig verwendet wird. Es steht zum Hauptzeichen in einem Abhängigkeitsverhältnis, es steht und fällt mit dem Hauptzeichen.

Infolge der Aehnlichkeit des Defensivzeichens mit dem Hauptzeichen ergibt sich, dass ein Zeichen der Konkurrenz schon gelöscht werden kann, wenn mit dem Defensivzeichen

[10]) G.R.U.R. 32, S. 79 ff.

[11]) G.R.U.R. 21, S. 299 ff.; 32, S. 79 ff. **Elster:** S. 397; **Hagens:** S. 187.

Verwechslungsgefahr besteht. Es braucht deshalb nicht geprüft zu werden, ob Verwechslungsgefahr zwischen dem Zeichen der Konkurrenz und dem Hauptzeichen bestehe. Dadurch wird der Schutz des Hauptzeichens gegenüber Nachahmungen erhöht.

Die Frage der Schutzfähigkeit der Defensivzeichen in der Schweiz ist bestritten.

Die eine Ansicht, die den Defensivzeichen Schutzfähigkeit zuerkennt, betrachtet sie als Zeichen sui generis und verlangt zu ihrem Schutz die analoge Anwendung der Bestimmungen des M. G.[12]). Wollte man dieser Meinung beipflichten, so müssten für den Schutz der Defensivzeichen die strafrechtlichen Bestimmungen des M.G. analoge Anwendung finden. Eine analoge Anwendung strafrechtlicher Bestimmungen ist aber nicht gestattet. Sie würde gegen den Grundsatz verstossen: Nullum crimen sine lege.

Eine andere Auffassung spricht den Defensivzeichen die Schutzfähigkeit ab[13]). Dadurch, dass Art. 9 M.G. in der Fassung vom 26. September 1890 eine Marke, die binnen dreier aufeinanderfolgender Jahre nicht markenmässig verwendet wird, für schutzlos erkläre, sei ein Defensivzeichen vom Zeichenschutz ausgeschlossen. Diese Meinung war zweifellos vor dem Inkrafttreten der Novelle zum M.G vom 21. Dezember 1928 richtig.

Allein infolge der neuen Fassung des Wortlautes des Art. 9 M.G. (durch die Novelle vom 21. Dezember 1928) kann diese Ansicht nicht mehr als richtig erachtet werden. Art. 9, Al. 1 * M.G. sieht die Löschung eines Zeichens infolge Nichtgebrauchens erst auf Klage eines interessierten Dritten vor, sofern der Zeichenberechtigte die Unterlassung des Gebrauches des Zeichens nicht hinreichend zu rechtfertigen vermag.

Defensivzeichen sind bloss zum Schutze des Hauptzeichens bestimmt, sie dienen also einem schutzwürdigen Interesse. Würden dagegen Defensivzeichen markenmässig verwendet, so könnten sie diesem Zwecke nicht genügen. Sie würden sogar Anlass zu Verwechslungsgefahr geben.

---

[12]) S. J. Z. 8, S. 310 ff.
[13]) B. G. E. 31, I, S. 140.

Aus diesen Gründen ist die Unterlassung des markenmässigen Gebrauches dieser Zeichen gerechtfertigt; ihre Schutzfähigkeit ist deshalb zu bejahen. Sollten Defensivzeichen vom gesetzlichen Schutze ausgeschlossen sein, so müsste dies in Art. 9* M.G. ausdrücklich bemerkt sein. Aus dem Fehlen einer solchen Bestimmung muss sich die Zulässigkeit dieser Zeichen ergeben.[14])

4. Defensivwaren. Diese bezwecken, den Geltungsbereich eines Zeichens auf Waren zu erstrecken, auf denen es nie angebracht werden soll.

Es wird hier ein Zeichen verwendet, aber nicht auf allen Waren, für die es eingetragen ist. Der Schutz eines Zeichens bezieht sich auf die Ware, auf der es markenmässig verwendet wird und auf die dieser gleichartigen Waren. Werden nun für ein Zeichen Defensivwaren eingetragen, so bezieht sich der Schutz des Zeichens auch auf die diesen Defensivwaren gleichartigen Waren. Dadurch wird der Schutz der Hauptware erhöht. Sofern die Defensivwaren mit der Hauptware verwandt gleichartig sind, ergibt sich kein Grund, ihre Zulässigkeit auszuschliessen. Deshalb erstreckt sich der Geltungsbereich eines Markenzeichens auch auf die Defensivwaren.

§ 3. Der Zeichenberechtigte.

Im Interesse grösserer Klarheit soll in diesem Paragraphen eine Trennung der Darstellung der markenberechtigten Personen erfolgen, je nachdem der Berechtigte Inhaber seines Einzel- oder Verbandszeichens ist.

I. Der Zeichenberechtigte eines Einzelzeichens.

Subjekte dieses Markenzeichens sind physische und juristische Personen, ebenfalls Personengesamtheiten, die Inhaber eines Gewerbebetriebes sind, der sich in der Schweiz befindet. Art. 7, Ziff. 1* M.G. Sofern diese Personen Waren erzeugen, die sie mit Zeichen versehen, werden sie Produzenten genannt; bearbeiten sie Waren, für welche Zeichen bestimmt sind, so heissen

[14]) A.M. Stenographisches Bulletin des National- und Ständerates vom Dez. 1928.

sie Industrielle. Ihre Marken werden als Fabrikmarken bezeichnet. Werden die Waren nur vertrieben, ohne dass ihre Zusammensetzung im Gewerbebetrieb verändert wird, so ist der Inhaber eines solchen Betriebes ein Handeltreibender, und seine Zeichen heissen Handelsmarken.

Wir werden diese Personen der Kürze halber im Folgenden als Gewerbetreibende bezeichnen. Den Ausdruck Fabrik- und Handelsmarken werden wir durch Zeichen, Markenzeichen oder Marke ersetzen.

1. Physische Personen geniessen für ihre Zeichen Rechtsschutz, wenn sich ihr Gewerbebetrieb, sei es Haupt- oder Zweigniederlassung in der Schweiz befindet. Ohne Bedeutung ist deshalb die Lage ihres Wohnsitzes. Gleichgültig ist ebenfalls, ob diese Personen Schweizer oder Ausländer seien. Auch nicht ist gefordert, dass ihnen Kaufmannseigenschaft im Sinne des O. R. zukomme. Inhaber eines Geschäftsbetriebes und zeichenberechtigt können demnach auch sein Landwirte, Viehzüchter, Gärtner, Weinbauern usw.[1]).

2. *Als Personengesamtheiten,* die Inhaber eines Gewerbebetriebes und zeichenberechiigt sein können, sofern die obenangegebenen Voraussetzungen zutreffen, sind zu nennen die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Nie aber kommen als Träger eines Markenzeichens in Betracht die übrigen Personengemeinschaften, Erbengemeinschaften, einfache Gemeinschaften usw.

3. Zeichenberechtigung steht ferner zu den juristischen Personen des Privatrechtes, die einen Geschäftsbetrieb in der Schweiz haben. Als solche kommen vor allem die des eidgenössischen Rechtes, Vereine, Stiftungen, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Genossenschaften in Betracht. Allein auch juristische Personen des kantonalen Privatrechts sind zeichenberechtigt.

Ausländische juristische Personen, d. h. juristische Personen, deren Sitz sich im Auslande befindet, können dann ein schweizerisches Markenzeichen erwerben, wenn sich ihr Geschäftsbetrieb, Haupt- oder Zweigniederlassung, in der Schweiz befindet.

---

[1]) Botschaft des Bundesrates vom 28. Januar 1890, S. 5.

Als Inhaber einer Marke sind überdies zu nennen öffentliche Verwaltungen des Inlandes, deren Geschäftsbetrieb sich in der Schweiz befindet. Art. 7, Ziff. 3* M. G. Darunter sind aber nicht nur die öffentlichen Verwaltungen, sondern auch die juristischen Personen und ihre Unterabteilungen des kantonalen und eidgenössischen Rechtes zu verstehen.

4. Bisher ist stets gesagt worden, dass die aufgezählten Personen nur dann *zeichenberechtigt* sein können, wenn sie Inhaber eines Gewerbe- oder Geschäftsbetriebes seien, der sich in der Schweiz befinde. Hiezu ist erforderlich, eine Tätigkeit an einem bestimmten Ort, welche die Erzeugung, Be- oder Verarbeitung oder den Vertrieb von Waren zum Gegenstand hat. Diese Tätigkeit muss fortgesetzt, andauernd und auf Erwerb gerichtet sein. Somit darf die Tätigkeit nicht eine bloss zufällige sein. Kein Geschäftsbetrieb ist vorhanden, wenn die Herstellung oder der Vertrieb der Waren nur überwacht wird.[2])

Beizufügen ist, dass der Geschäftsbetrieb den oben angegebenen Personen gehören muss: Er muss in ihrem Eigentum sein. Personen, die nicht Inhaber eines Gewerbe- oder Geschäftsbetriebes sind, können folglich, abgesehen von der Ausnahme unter II, nicht Träger eines Zeichens sein.

II. Bei Verbandszeichen oder Kollektivmarken,

Art. 7 bis* M.G., ist Träger des Zeichens stets eine juristische Person, die zwar in der Regel keinen Geschäftsbetrieb besitzt und keine Waren mit Zeichen versieht. Wohl aber sind die einzelnen Mitglieder der juristischen Person Inhaber von Geschäftsbetrieben. Die einzelnen Mitglieder vertreiben die Waren und versehen diese mit der gemeinschaftlichen Marke der Vereinigung[3]).

Das Verbandszeichen soll dartun, dass die Waren aller Mitglieder der Vereinigung von der gleichen Art und Güte sind[4]). Es soll aber auch, wie das Einzelzeichen, zur Bestimmung und Unterscheidung der Waren aus den Geschäftsbetrieben der einzelnen Verbandsmitglieder gegenüber Waren aus Geschäftsbetrieben Dritter dienen.

[2]) **Seligsohn**: S. 27.
[3]) Botschaft des Bundesrates vom 15 Februar 1928, S. 8.
[4]) **Seligsohn**: S. 314; **Elster**: S. 389.

Nach dem Wortlaut des Art. 7 bis, Al. 1* M. G. können Träger dieser Zeichen bloss juristische Personen sein, folglich nicht etwa Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Die Verbandsperson muss der Natur der Sache nach gewerbliche Zwecke verfolgen und mit ihren Mitgliedern in einer engen Beziehung stehen. Eine Aktiengesellschaft, deren Aktien auf den Inhaber lauten, wird als Subjekt eines Kollektivzeichens nicht in Betracht kommen. Der Ein- und Austritt kann zu leicht erfolgen. Ein solches Zeichen würde auch nicht dafür bürgen, dass die Güte der Waren aus den verschiedenen Betrieben der Aktionäre die gleiche wäre. Auch wäre ja das Band zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern sehr locker.[5])

Ebenfalls kann eine Stiftung nicht Inhaber einer Verbandsmarke sein, denn nach dem Wortlaut des Art. 7 bis, Al, 1* M.G. ist erforderlich eine Vereinigung von Personen, von Industriellen, Produzenten oder Handeltreibenden. Dies trifft aber bei der Stiftung nie zu: die Stiftung ist immer ein Zweckvermögen.

Aus Art. 7 bis, Al. 1* M. G. in Verbindung mit Al. 6 des gleichen Artikels muss gefolgert werden, dass der Sitz der juristischen Person, der Vereinigung der Industriellen, Produzenten, Handeltreibenden sich in der Schweiz befinden muss. Dasselbe muss auch für die Geschäfts- oder Gewerbebetriebe der einzelnen Mitglieder verlangt werden.

Allein nicht nur juristische Personen des Privatrechtes können Subjekte von Kollektivzeichen sein, sondern auch juristische Personen des öffentlichen kantonalen oder eidgenössischen Rechtes. Inhaber des Gewerbebetriebes sind dann entweder Unterabteilungen dieser juristischen Person, oder aber Industrielle, Produzenten oder Handeltreibende, deren Geschäftsbetriebe sich im Gebiete einer Gemeinde usw. befinden, welche Trägerin des Kollektivzeichens ist.[6])

Der markenmässigen Verwendung eines Kollektivzeichens wird schon dann Genüge geleistet, wenn es von den einzelnen Mitgliedern der juristischen Person, die Trägerin des Zeichens

---

[5]) **Seligsohn** eod.

[6]) „ „

ist, auf der Ware oder der Verpackung angebracht wird. Diese Lösung ergibt sich durch Umkehrschluss aus Art. 9, Al. 2* M.G.

Wird ein Verbandzeichen in einer seiner Zweckbestimmung zuwiderlaufenden oder zur Irreführung des Publikums geeigneten Weise benutzt, so kann jeder Interessent auf Löschung des Zeichens klagen, Art. 7 bis, Al. 5* M.G.

§ 4. Das originelle und das gemeinfreie Zeichen. (Art. 3, Al. 2, Satz 2* M.G.)

I. Das originelle Zeichen.

1. Allgemeines. Wie es im Belieben des Gewerbetreibenden steht, ob er seine Ware mit einem Zeichen versehen will, so ist es ihm auch anheimgestellt, wie er das zu verwendende Zeichen ausgestalten will, vorausgesetzt, dass es im Verkehr auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb hinzuweisen geeignet ist, nicht Rechte Dritter verletzt und nicht mit dem öffentlichen Interesse in Widerspruch steht.

2. Umschreibung der Originalität. Ein Zeichen ist nur dann geeignet, auf eine bestimmte Herkunft hinzuweisen, wenn es eigenartig[1]) ist, also nicht bereits allgemein verwendet worden ist, so dass es sich dem Gedächtnis der Abnehmer der Ware seinem Zwecke nach, leicht einprägen kann. Dabei muss das Zeichen bloss für die Waren, für die es verwendet wird (oder für die es angemeldet ist), und die ihnen gleichartigen Waren

---

[1]) B.G.E. 18, S. 274 ff.; 20, S. 95; 21, S. 1055; 22, S. 92; S. 476 ff., S. 1108; 23, I, S. 644; 23, II, S. 1630; 25, II, S. 308 u. 775; 27, II, S. 616, 626 ff.; 28, II, S. 128, 557 ff.; 30, II, S. 123, 597 ff.; 31, I, S, 516, 744; 33, I, S. 658; 33, II, S. 331 ff.; 34, II, S. 770; 35, II, S. 337, 460, 670; 36, II, S. 252, 258, 444, 448, 606; 39, II, S. 116, 130 ff.; 40, I, S. 300; 41, II, S. 545; 42, II, S. 169; 43, II, S. 93; 48, II, S. 299; 49, II, S. 316; 50, II, S. 199; 51, II, S. 200; 52, II, S. 166 ff., 304; 54, II, S. 404 ff.; 55, II, S. 59 ff, 148 ff.
Z.B.J.V. 28, S. 312; 42, S. 31 u. 86; 36, S. 52; 43, S. 42; 43, S. 600; 47, S. 146; 57, S. 464; 60, S. 245; 65, S. 262. **Bl.f.Z.R.** 4, Nr. 51; 27, Nr. 1. **Semaine Jud.** 5, S. 671, 6, S. 256 u. 455; 21, S. 479; 35, S. 25 ff.; 46, S. 213. **S.J.Z.** 2, S. 149; 4, 22, S. 100; 23, S. 193 ff.; **Chenevard**: I, S. 208; **Dunant**: S. 142 ff; **Pouillet**: S. 24 ff.; **Hagens**: S. 45; **Seligsohn**: S. 33.

eigenartig sein. Die Originalität des Zeichens ist deshalb relativ: Für die eine Ware kann ein Zeichen originell sein, für die andere nicht[2]).

Das Zeichen muss in seiner Gesamtheit als etwas eigenartiges, neuschöpferisches aufgefasst werden. Einzelne oder sogar sämtliche Bestandteile des Zeichens können schutzunfähig sein; das Zeichen ist aber dennoch originell und schutzfähig, sofern die Anordnung dieser Bestandteile ein eigenartiges neues Gesamtbild hervorzurufen vermag[3]). Die Originalität eines Zeichens muss andauernd vorhanden sein. Insbesondere muss das Zeichen als etwas Eigenartiges auch während einer Markenrechtsstreitigkeit vom Verkehr aufgefasst werden. Für die Verkehrsauffassung ist namentlich massgebend die Ansicht der Detailhändler und Konsumenten, bei denen die Ware mit der Marke umgesetzt und verkauft wird.

Im Folgenden soll versucht werden, anzugeben, wann die Originalität bei den verschiedenen Arten von Zeichen angenommen werden kann. Dies positiv in allgemein gültiger Weise zu sagen ist sehr schwierig. Auch wenn wir über den Begriff der Originalität eine Reihe von Gerichtsentscheidungen haben, so muss bemerkt werden, dass in diesen Urteilen immer zuerst untersucht wird, ob ein Zeichen Gemeingut sei. Hierüber finden sich weitgehende Erörterungen. Wird die Eigenschaft eines Zeichens als Gemeingut verneint, so wird einfach gesagt, weil das Zeichen nicht Gemeingut sei, so sei es ein originelles Zeichen. Ueber die Originalität selber aber wird nur wenig oder nichts mitgeteilt.

Wenn wir im Folgenden allgemeine Regeln über die Originalität aufzustellen versuchen, so muss dabei immer die Einschränkung gemacht werden, sofern das Zeichen nicht Gemeingut ist.

a. Das originelle Bildzeichen wirkt auf das menschliche Gedächtnis durch seinen Bild- und Sinneseindruck.

Als originelle Bildzeichen kommen in Betracht Phantasiebilder irgendwelcher Art, Landschaftsbilder, Bilder von Tieren, Menschen, Gegenständen usw.

---

[2]) **Chenevard**: I, S. 209; **Dunant**: S. 144; **Hagens**: S. 91; **Pouillet**: S. 34; **Osterrieth**: Lehrbuch, S. 293 ff.; **Elster**: S. 371.

[3]) z. B. eigenartige Darstellung eines Deskriptiv- oder Freizeichens: B.G.E. 22, S. 1108; 30, II, S. 119; 31, II, S. 512 ff.

Landschaftsbilder sind dann als Bildzeichen gestattet, sofern die beteiligten Verkehrskreise ihnen reine Phantasiewirkung beimessen, oder wenn sie als Markenzeichen die Herkunft der Ware angeben sollen: Herkunftsbezeichnungen, die als Marke verwendet werden. (Einzelheiten über die Zulässigkeit der Herkunftsbezeichnungen als Marke siehe bei den Wortzeichen, lit. b).

Bildnisse von Menschen werden vielfach als Zeichen verwendet, um den Erfinder einer Ware oder eines Verfahrens zur Herstellung der Ware öffentlich zu bezeichnen. Ob die Verwendung eines solchen Bildnisses als Markenzeichen nach andern Rechtsvorschriften erlaubt sei[4]), ist hier nicht zu untersuchen. Gegenstand solcher Zeichen können natürlich Bildnisse lebender oder verstorbener Persönlichkeiten sein. Bildnisse von populären Persönlichkeiten der Zeitgeschichte können dagegen infolge ihrer allgemeinen Kenntnis nicht als originelle Bildzeichen gewertet werden[5]). Bilder von Tieren und Gegenständen können dann nicht als originell betrachtet werden, wenn sie offensichtlich auf die Natur der Ware hindeuten.

Bei einem an und für sich originellen Bildzeichen ist die farbige Ausgestaltung des Bildes meistens Nebensache. Die Originalität liegt ja bereits in der charakteristischen Form des Bildes. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass ein Bild als solches, das der Originalität entbehrt, durch besondere eigenartige Anordnung der Farben originell wird. Es ist sogar denkbar, dass ein Bildzeichen nur infolge einer charakteristischen Zusammenstellung von Farben originell wirkt, ohne dass es übrige Bilder (Zeichnungsformen) enthält[6]).

Die allgemeine Ausdrucksweise des Bundesgerichts[7]), die Farbe sei für die Frage der Originalität eines Zeichens bedeutungslos, muss im Sinne dieser Ausführungen eingeschränkt werden.

b. Worte, Buchstaben und Zahlen, die im Zeichen eigenartig angeordnet, dargestellt werden, sind ebenfalls als Bildzeichen zu würdigen. Sie wirken auf das Publikum vornehmlich durch Bild- und Sinneseindruck, nicht aber durch den Klang[8]).

---

[4]) B.G.E. 53, II, S. 504 ff.
[5]) **Hagens**: S. 49.
[6]) G.R.U.R. 34, S. 51.
[7]) B.G.E. 28, II, S. 128 und 557.
[8]) **Osterrieth**: Lehrbuch, S. 301.

c. Das originelle Wortzeichen. Das Wortzeichen wirkt auf den Konsumenten, Händler usw. durch seinen Sinn, aber auch durch den Klang[9]). In erhöhtem Masse als das Bildzeichen übt das Wortzeichen die Werbefunktion aus[10]). Nicht richtig kann die Ansicht sein, die als originelle Wortzeichen nur Phantasiebenennungen zulässt[11]), denn sicher können auch (unter gewissen noch zu besprechenden Voraussetzungen) geographische und Herkunftsbezeichnungen, Wörter, die der Sprache entnommen sind, schutzfähige, originelle Wortzeichen bilden.

Phantasiewörter prägen sich dem Gedächtnis des Käufers durch ihren Klang, Wörter der Sprache durch ihren Sinn ein. Phantasiewörter stellen sich deshalb als eine der verschiedenen Arten dar, die Gegenstand eines originellen Wortzeichens sein können. Jedoch darf ein solches Zeichen nie zur Bezeichnung der Ware selbst dienen. Dadurch würde es vom Individual- zum Gattungszeichen herabsinken und des Markenrechtsschutzes verlustig gehen.

Besteht ein Wortzeichen aus einer geographischen Benennung, der aber im Verkehr die Wirkung eines Phantasienamens beigelegt wird, so ist ein solches Zeichen ohne weiteres als originelles zu betrachten. Stellt das Markenzeichen eine Herkunftsbezeichnung im Sinne der Art. 18 bis 20 M.G. dar, so wird der erste Inhaber dieser Zeichen seine Konkurrenten, die in der durch Zeichen benannten Ortschaft, Gegend usw. ebenfalls einen Geschäftsbetrieb haben, nicht hindern können, diesen Namen als Wortmarke für die gleichen Waren ebenfalls zu gebrauchen. Wenn sich jedoch ein Konkurrent an dem betreffenden Orte bloss zu dem Zweck niedergelassen hat, um den ältern Zeicheninhaber durch den Gebrauch der Herkunftsbezeichnung als Marke zu schädigen, dann wird er sein Zeichen abändern müssen, um Verwechslungen auszuschliessen[12]). Ist der Inhaber eines Markenzeichens, das aus einer Herkunftsangabe besteht, Alleineigentümer der Oertlichkeit, z. B. eines Weinberges,

---

[9]) **Seligsohn**: S. 38; **Hagens**: S. 47.

[10]) G.R.U.R. 34, S. 23 ff.

[11]) A.M. **Mackenroth**: S. 314; B.G.E. 28, II, S. 128 u. 557; 31, II, S. 616; 33, II, S. 658.

[12]) B.G.E. 22, S. 1112.

dann kann er der Konkurrenz jegliche Führung dieses Namens als Zeichen untersagen[13]). Ist endlich der Name einer Ortschaft, Gegend usw. Gemeingut geworden, so kann er natürlich nicht mehr als Zeichen ausschliesslich beansprucht werden. Das Zeichen hat sich dann vom originellen Zeichen in ein Freizeichen umgewandelt[14]).

Ein originelles Zeichen kann aus dem Namen des Zeichenberechtigten, des Erfinders der Ware, aus dem Namen anderer Personen bestehen[15]). Ebenfalls wie bei den Bildzeichen sind die Namen populärer Personen nicht fähig[16]), ein originelles Wortzeichen zu bilden.

Wortzeichen können dem Sprachschatz der deutschen oder einer fremden Sprache, einer alten oder modernen Sprache entnommen sein, sofern ihnen die schweizerische Verkehrsauffassung Originalität beimisst[16a]).

Folgenden Wortzeichen ist von der Rechtssprechung Originalcharakter zugesprochen worden:

1. Monopole für Champagnerweine. B. G. E. 21, S. 1056.
2. Photophor für Wasserstandsgläser. B. G. E. 22, S. 92.
3. Chartreux für Liköre. B. G. E. 22, S. 1108.
4. Ichthyol für pharm. Produkte. B. G. E. 31, II, S. 517.
5. Citrovin für Essig. B. G. E. 36, II, S. 260. Dieser Entscheid ist unrichtig. Citrovin deutet ohne Zweifel für Essigprodukte auf die Beschaffenheit der Ware hin.
6. Téléphone für Zigarren. B. G. E. 23, I, S. 634 ff.
7. Lady Cora für Uhren. B. G. E. 36, II, S. 308.
8. Maizena für Nahrungsmittel. B. G. E. 39, II, S. 118.
9. Corso für Autoartikel. B. G. E. 39, II, S. 131.
10. Sanatogen für pharm. Produkte Z. B. J. V. 57, S. 464.
11. Hairmilk für Harwasser. B. f. Z. R. 4, Nr. 51. Dieser Entscheid ist falsch. Hairmilk deutet auf den Zweck der Ware hin, ist deshalb Deskriptivzeichen. Die Bedeutung dieses Wortes ist allgemein verständlich.

---

[13]) B. G. E. 36, I, S. 722; 38, II, S. 695.
[14]) **Chenevard**: I, S. 208.
[15]) G. R. U. R. 2, S. 126.
[16]) **Hagens**: S. 49. Bl. f. Z. R. 23, Nr. 21. B. G. E. 53, II, S. 504.
[16a]) **Dunant**: S. 137. B. G. E. 23, I, S. 643. Propr. Ind. 7, S. 83 u. 97 ff. **Osterrieth**: Lehrbuch, S. 296 ff.

12. Chevrette für Lederhandschuhe. B.G.E. 30, II, S. 597. Dieser Entscheid ist ebenfalls unrichtig. Dieses Wortzeichen ist Deskriptivzeichen. Siehe II.

d. Das originelle Buchstaben- und Zahlenzeichen. Solche Zeichen sollten eigentlich der ausschliesslichen Benutzung durch Private entzogen sein, da sie ja aus Elementen bestehen, die Gemeingut sind. Allein wenn solche Zeichen in eigenartiger Weise in der Marke verwendet werden, so wirken sie oft als Bildzeichen, und es steht nichts entgegen, da sie wie andere Zeichen auf die Herkunft der Ware hindeuten, ihnen den gesetzlichen Schutz zu gewähren[17]). Die originelle Anordnung dieser Zeichen wird vielfach durch besondere Farbenwirkung, durch besonderen Druck usw. hervorgebracht. Eine solche Eigenartigkeit dieser Zeichen kann ebenfalls durch die Zusammensetzung der Buchstaben hervorgerufen werden, so dass diese Buchstaben eine lautliche Einheit, ein wortähnliches Gebilde darstellen. Auch dieser originellen Zusammensetzung der einzelnen Buchstaben kann der gesetzliche Markenschutz nicht aberkannt werden. Bei Zahlenzeichen kann oft durch Uebersetzung der Zahl in Wörter diese Originalität bewirkt werden.

Als Buchstabenzeichen, die infolge ihrer besonderen Zusammensetzung originell sind, würden wir z. B. betrachten Zeichen wie „Fiat", „Sesa", „Sato", „MOB", nicht aber „RHB", „STJ", „BLM". Ebenfalls als originell würden wir betrachten Kombinationen von Buchstaben, die sich gleich schreiben, wie sie ausgesprochen werden und ähnliche Verbindungen, z. B. „Abece", „Essessess", „Hapag", „Mitropa".

Es ist nun auch möglich, dass Buchstaben- und Zahlenzeichen nicht in einer eigenartigen Form dargestellt werden, dass ihnen jedoch der Verkehr Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion zuerkennt; z. B. „PKZ" für Kleidungsstücke der Firma Burger-Kehl, Zürich, „BBC" für Produkte von Brown-Boveri, Baden, „4711" für Eau de Cologne aus der Fabrik Mühlens in Köln usw. Solchen Zeichen, da sie in jeglicher Beziehung die Aufgaben eines Markenzeichens versehen, muss der Zeichenschutz in vollem Umfange gewährt werden. Denn da der Verkehr sie als Zeichen betrachtet, die auf die Herkunft der Ware

[17]) Bundesrätliche Botschaft zum M. G. vom 28. Januar 1890, S. 4.

hindeuten, so anerkannt er sie auch als originelle Zeichen. Im internationalen Verkehr müssen solche Zeichen ja auch gemäss Art. 6, Ziff. 2 Al. 2* der Pariser Uebereinkunft geschützt werden.

e. Die kombinierten Zeichen stellen vornehmlich eine Verbindung von Bild- und Wortzeichen dar, wobei in der Regel das Wort des Zeichens für den Gesamteindruck des Zeichens bestimmend ist, so dass für die Frage der Originalität des Zeichens auf das über das Wortzeichen Gesagte hinzuweisen ist. Vgl. lit. c.

II. Das gemeinfreie Zeichen, oder das als Gemeingut anzusehende Zeichen.

Unter I haben wir darauf hingewiesen, dass es schwierig sei, allgemeine Regeln über das Vorhandensein der Originalität eines Zeichens aufzustellen, und dass die Praxis diese Frage dadurch entscheide, dass sie prüfe, ob ein Zeichen Gemeingut sei oder nicht. Deshalb ist die Untersuchung über das gemeinfreie Zeichen von besonderer Bedeutung. Unter Gemeingut sind zwei Arten von Zeichen zu verstehen: Zeichen, die an sich nicht fähig sind, originell zu wirken, weil sie mit der Ware, für die sie verwendet werden sollen, in Beziehung stehen, die sogenannten Deskriptivzeichen. Dann sind darunter zu verstehen die sogenannten Freizeichen, Zeichen, die ursprünglich als Markenzeichen Verwendung gefunden haben, aber infolge des Allgemeingebrauches im Laufe der Zeit ihre individualisierende Wirkung verloren haben und nunmehr die Ware bezeichnen. Beide Arten von Zeichen erfüllen nicht mehr die subjektive Funktion, sie weisen nicht mehr auf die Herkunft der Ware hin, sondern sie bezwecken bloss die Unterscheidung einer Warengattung von einer andern, objektive Funktion.

a. Das Deskriptivzeichen weist auf die Ware oder deren Beschaffenheit hin. Es hat immer dieser und nur dieser Aufgabe gedient. Es war auch nie bestimmt, einem andern Zweck zu dienen. Wenn es auch gewisse Deskriptivzeichen gibt, die für alle Waren berichtender Natur sind, so ist doch die Regel, dass ein solches Zeichen bloss für eine bestimmte Ware diese Eigenschaft hat, für andere Waren aber als Individualzeichen gilt[18]). Deskriptivzeichen sind also in der Regel nur relativ.

[18]) **Chenevard**: I, S. 214 ff.

Deskriptivzeichen können sowohl Bild-, als auch Wort- und andere Zeichen sein[19]), wenn auch meistens hierfür Wortzeichen in Betracht kommen.

Als deskriptiv sind solche Zeichen zu betrachten, welche die Abbildung der Ware darstellen, Zeichen, welche die Abbildung der Gefässe, die zur Aufnahme der Produkte bestimmt sind, enthalten; ferner sind als Deskriptivzeichen zu behandeln Zeichen, die auf die Ware hindeuten, z. B. das Bild einer Biene für Honig, einer Kuh für Milchprodukte, eines Huhns für Eier, einer Ziege für Handschuhe (aus Ziegenleder). Allgemein gesagt, wird ein Bildzeichen, das deskriptiv ist, diese Eigenschaft auch auf das entsprechende Wortzeichen übertragen und umgekehrt. Als Deskriptivzeichen, die auf die Eigenschaften der Ware hindeuten, sind solche zu verstehen, die auf die Güte des Erzeugnisses hinweisen. Wortzeichen, welche dies für alle Waren bezwecken, sind beispielsweise: fein, gut, prima, Rekord, Krone (auch Kronenbild), Standard, Ideal, non plus ultra usw. In den meisten Fällen aber werden solche Zeichen, die auf die Güte der Ware hinweisen, dies nur für eine bestimmte Ware bewirken. Als Eigenschaftsbezeichnungen sind weiter zu nennen Zeichen, die auf den Zweck der Ware, auf die Art ihrer Verwendung, auf ihre Wirkungen hindeuten, z.B. Mäusetod, Rattengift als Tilgungsmittel gegen diese Tiere, Staubsauger für Reinigungsapparate usw. Deskriptiv wirken ebenfalls Angaben über die Art der Herstellung, Zeit und Dauer derselben, über stoffliche Zusammensetzung der Ware usw.

Ob ein Zeichen als Deskriptivzeichen anzusehen sei, beurteilt sich stets nach der Verkehrsanschauung in der Schweiz, nach der Ansicht derjenigen Kreise, bei denen die mit dem Zeichen versehene Ware vertrieben wird. Bei der Frage, ob ein Wortzeichen als Deskriptivzeichen gewertet werden kann, ist auf unsere eigenartigen Sprachverhältnisse in der Schweiz Rücksicht zu nehmen.

Ist deshalb ein Zeichen im Auslande Deskriptivzeichen, nicht aber nach unserer Verkehrsauffassung in der Schweiz, so muss das Zeichen in der Schweiz als Individualzeichen gewertet

---

[19]) A. M. **Mackenroth**: S. 134; richtig G.R.U.R. 1, S. 37 ff. B.G.E. 23. II, S. 1630 ff. 52, II, S. 304.

werden, es sei denn, dass die mit dem Zeichen versehene Ware lediglich in dem Lande vertrieben werde, in welchem der Marke Deskriptivcharakter zugeschrieben wird.

Ein Zeichen darf noch nicht als Deskriptivzeichen betrachtet werden, wenn es in irgend einem entfernten Zusammenhang mit der Ware steht. Vielfach bei Wortzeichen kommt es vor, dass das Zeichen seine Beziehung zur Ware nicht vollständig verleugnen kann, jedoch nach den Anschauungen der Verkehrskreise in welchem die mit dem Zeichen versehene Ware vertreiben wird, es die Ware aus einem Geschäftsbetrieb individualisiert. Das Zeichen übt also nach der Ansicht der beteiligten Verkehrskreise seine individualisierende Wirkung aus. Im zwischenstaatlichen Verkehr muss ein solches Zeichen in den Staaten, die der Pariser Uebereinkunft angehören, geschützt werden. Also müssen die schweizerischen Gerichte einem solchen Unionszeichen Schutz gewähren, da Art. 6, Z. 2, Al. 2 P. Ue. bestimmt: „Bei Würdigung der Unterscheidungskraft einer Marke sind alle Tatumstände zu berücksichtigen, wie namentlich, die Dauer des Gebrauches der Marke". Wenn auch dieser Satz auf internationale Verhältnisse Bezug hat, so enthält er doch einen im Markenrecht enthaltenen, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatz, der auch für das interne schweizerische Markenrecht Geltung haben muss. Denn die Gebrauchsklausel des Art. 6, Ziff. 2 P. Ue. in fine wurzelt in der Natur und dem Zweck eines Erkennungszeichens[20]). Deshalb können die Ausführungen Osterrieths zu Art. 6, Ziff. 2, Al. 2 P. Ue. ebenfalls an dieser Stelle Anwendung finden[21]): „Dieser Gedanke scheint zwar selbstverständlich. Denn die Schutzfähigkeit einer Marke sollte doch nach den tatsächlichen Verhältnissen beurteilt werden, innerhalb deren sie ihre Wirkung ausüben soll. Leider spielen aber abstrakte Erwägungen, philologische Spitzfindigkeiten in der Zeichenpraxis mancher Behörden eine grössere Rolle, als mit den Bedürfnissen des Verkehrs vereinbar ist. Diese verkehrsfremde Praxis, zu der wohl kein Gesetz zwingt, sondern die sich lediglich auf eine zu enge Auslegung des Gesetzes gründet, wird in Zukunft . . ., nicht mehr vereinbar sein . . . Jedenfalls

[20]) **Freund-Magnus**: S. 110.
[21]) **Osterrieth**: Die Washingtoner Konferenz 1912, S. 66.

wird es nicht mehr zulässig sein, dass eine Behörde ein . . . . Zeichen wegen beschreibender Angaben zurückweist, und in der Begründung die Frage, ob das Zeichen infolge seines Gebrauches Unterscheidungskraft besitze, für unentbehrlich erklärt".

In der Schweiz sollte eine Rechtssprechung im Sinne dieser Ausführungen ebenfalls Anwendung finden. Dies ist aber leider nicht immer geschehen. Die Entscheidung des Bundesgerichts in 54, II, S. 407 ff. kann nicht als richtig befunden werden. Selbst wenn in 54, II, S. 407 ff. dem Wortzeichen „Rachenputzer" als Hustenbonbons ein gewisser Anklang an die Eigenschaft der Ware nicht abgesprochen werden kann (in andern Fällen, in welchen ohne Zweifel Deskriptivbezeichnung hätte angenommen werden können, wie z.B. bei Citrovin für Essig und Chevrette für Handschuhe, wurde sie merkwürdiger Weise verneint), so hätte dieses Zeichen doch auf Grund der vorigen Ausführungen geschützt werden sollen. Denn „Rachenputzer" wurde ja im Verkehr als Individualzeichen angesehen. Wäre nun „Rachenputzer" ein Unionszeichen gewesen, so hätte es in der Schweiz gemäss Art. 6, Ziff. 2, Al. 2 P. Ue. geschützt werden müssen. Es sollte nun nicht ein ausländisches Zeichen gegenüber einem schweizerischen Zeichen privilegiert werden, es sei denn, dass hierüber im M. G. eine ausdrückliche Bestimmung enthalten wäre.

Der Schutz solcher Zeichen wie Rachenputzer sollte in der Schweiz umso eher möglich sein, als das schweizerische Markenrecht auf dem Grundsatz beruht: die markenmässige Verwendung eines Zeichens und die dadurch bedingte Anerkennung im Verkehr schafft das Zeichenrecht. Denn wenn Deutschland mit seinem konstitutiven Markensystem, wo die markenmässige Verwendung des Zeichens für dessen Schutzfähigkeit ohne Belang ist, ein Zeichen wie die sogenannte Kronenmarke für Zigaretten schützen kann, weil darunter der Verkehr Zigaretten von der Fabrik Batschari versteht[22]), so sollte dies ebenfalls in der Schweiz geschehen können.

Wenn sonst diese allzu starre Rechtsprechung des Bundesgerichtes fortgesetzt werden sollte, so könnten eine grosse Zahl Wortmarken grundlos des Markenschutzes verlustig erklärt

[22]) **Hagens**: S. 188.

werden. Ebenfalls würde die Existenz der reinen Buchstaben- und Zahlenmarken in Frage gestellt werden. In dieser Beziehung geht schon B.G.E. 52, II, S. 304 ff. zu weit.

Von der Rechtsprechung wurden unter anderm folgende Markenzeichen als deskriptiv erkannt:

1. Saccharin für Zuckerwaren. B.G.E. 23, II, S. 1630.
2. Chocolat des Ménages für Chocoladeartikel. B. G. E. 35, II, S. 308.
3. Crêmant für Chocolade, B.G.E. 27, II, S. 616 ff.
4. Dry, duro, sec für Champagnerwein, B.G.E. 27, II, S. 617.
5. Vanilette für Vanillezucker, B. G. E. 28, II, S. 128 ff
6. Krone (Wort- oder Bildzeichen) deutet auf die Vorzüglichkeit des Fabrikates hin. B.G.E. 36, II, S. 448.
7. Citrovanille für Vanille, B.G.E. 41, I, S. 543.
8. Cassano für gutes Süssholz, B.G.E. 42, II, S. 171 ff.
9. Das Aehrenbild für Teigwaren, B.G.E. 49, II, S. 316.
10. Fruchtbilder und Fruchtnamen für Konserven, B.G.E. 52, II, S. 169.
11. „AS" für Farbenartikel. B.G.E. 52, II, S. 304. Dieser Entscheid geht unseres Erachtens zu weit.
12. Rachenputzer für Hustenmittel. B.G.E. 54, II, S. 406. Vgl. das früher Gesagte.
13. Highlife für Luxusartikel. Propr. Ind. 34, S. 45.
14. Presto für Automobile und Flugzeuge. Propr. Ind. 34, S. 90.
15. Digestin für Verdauungsmittel. G.R.U.R. 3, S. 120.

Beizufügen ist hier noch, wenn auch als Individualzeichen entschieden, dass Hairmilk für Haarwasser so allgemein verständlich ist, und auf den Zweck der Ware hindeutet, dass ihm auch Deskriptiveigenschaft zugesprochen werden muss.

Das Bild einer Ziege wird als Deskriptivzeichen für Lederhandschuhe gewertet, zumal sie aus Ziegenleder hergestellt sind. Deshalb muss das Wort Chevrette = Ziege, Zicklein, ebenfalls als solches betrachtet werden, da hier, wie beim Bildzeichen, auf die Beschaffenheit der Ware hingewiesen wird.[23]).

---

[23]) **Chenevard:** I, S. 231 ff.; unrichtig B. G. E. 30, II, S. 597 ff.

b. Das Freizeichen, Das Freizeichen, das einst für eine bestimmte Ware als originelles Zeichen galt, hat diese Eigenschaft infolge des allgemeinen Gebrauches durch eine grosse Anzahl von Gewerbetreibenden verloren[24]). Zu einem Freizeichen können sich alle Arten von Zeichen umbilden[25]). Personennamen, die Gegenstand eines Wortzeichens sind, können ebenfalls Freizeichen werden: z.B. Singer für Nähmaschinen, Liebig für Fleischextrakt, Roskopf für Uhren. Herkunftsbezeichnungen sind vor der Umbildung in Freizeichen nicht verschont, man denke an Basler Leckerli. Ein Zeichen ist aber immer nur bezüglich gewisser Waren Freizeichen. Freizeichen für alle Waren gibt es nicht; Freizeichen haben deshalb nur relative Geltung[26]). Ein Schwan ist für Bettwaren Freizeichen, für Rauchartikel dagegen Individualzeichen.

Strengt ein Gewerbetreibender wegen Verletzung seiner Marke durch Dritte Klage an, umgibt er sein Zeichen mit Defensivzeichen, klärt er die Käufer der Ware mit seinem Zeichen auf, indem er Zeichennachahmungen durch Dritte bekannt gibt, so sind dies Umstände, die der Umwandlung des originellen Zeichens in ein Freizeichen hindernd entgegenstehen[27]). Die Aufnahme eines Wortzeichens für pharmazeutische Produkte in ein Medizinalbuch eines Staates und in wissenschaftliche Werke kann ein Anzeichen für die Umwandlung einer Marke in ein Freizeichen sein, braucht es aber nicht. Die Rechtsprechung hat über diese Frage oft sich widersprechende Entscheide gefällt[28]).

---

[24]) **Chenevard:** I, S. 223 ff.; **Osterrieth:** Lehrbuch, S. 206 ff. **Seligsohn:** S. 68 ff.; **Hagens:** S. 77 ff.; G.R.U.R. 11, S. 141 ff. B.G.E. 25, II, S. 775; 27, II, S. 616; 28, II, S. 558; 31, II, S. 517 ff.; 32, I, S. 658; 33, I, S. 331; 35, II, S. 337; 36, II, S. 444 ff.; 39, II, S. 119 ff.; 41, II, S. 545; 50, II, S. 199.

[25]) **Hagens:** S. 77; **Seligsohn:** S. 71; B.G.E. 11, S. 47; 36, II, S. 254 ff. und 447.

[26]) **Osterrieth:** Lehrbuch, S. 206; **Kohler:** § 25; **Pisko:** § 63; G.R.U.R. 2, S. 65.

[27]) G.R.U.R. 14, S. 220 ff.; B.G.E. 36, II, S. 253 u. 447 ff.

[28]) **Hagens:** S. 78; **Seligsohn:** S. 71; B.G.E. 22, S. 467 ff.; 23, II, S. 103 ff. 31, II, S. 522; 32, I, S. 658; 35, II, S. 337.

Damit die Umwandlung eines Individualzeichens in ein Freizeichen vollzogen sei, muss ein Markenzeichen von der Mehrzahl der Gewerbetreibenden, welche die gleiche oder eine gleichartige Ware herstellen oder vertreiben, markenmässig verwendet werden[29]). Das Anbringen des Zeichens auf Prospekten, Reklamen usw. vermag die Umbildung nicht zu vollziehen, wirkt aber immerhin freizeichen-begünstigend.

Die markenmässige allgemeine Verwendung des Zeichens muss sich auf einen längern Zeitraum erstrecken, damit die Umwandlung in ein Freizeichen sich durchgesetzt habe. Immerhin wird bei Zeichen, die auf Massenartikel angebracht sind, die Umwandlung sich in nicht allzulanger Zeit vollzogen haben.

Diese markenmässige allgemeine Verwendung des Zeichens muss aber solange vor sich gehen, bis der Marke auch Kleinhändler und Konsumenten die individualisierende Wirkung absprechen. Hierfür ist massgebend die schweizerische Verkehrsauffassung. Das Freizeichen kann seine Wirkung in der Schweiz nur dann äussern, wenn es in der Schweiz als solches anerkannt wird, gleichgültig, ob es im Auslande ebenfalls Frei- oder Individualzeichen ist. Die Wirkung des Freizeichens ist nur territorial, nicht universal[30]) Denn die Ansichten, ob ein Zeichen Freizeichen sei oder nicht, können und werden in den verschiedenen Ländern verschieden sein. Ist ein Zeichen in einem ausländischen Staat als Freizeichen bewertet, so geht es nicht an, es aus der blossen Ueberlegung heraus, es sei im Auslande Freizeichen, in der Schweiz ebenfalls als Freizeichen zu erklären, ohne dass die schweizerischen Ansichten beachtet würden. Entspricht dem Wortzeichen, das Freizeichen ist, ein Bildzeichen, so wird das Bildzeichen in der Regel ebenfalls Freizeichen sein und umgekehrt[31]).

---

[29]) **Kohler:** § 25. G.R.U.R. 13, S. 319 ff. B.G.E. 22, S. 84 ff.; 25, II, S. 775; 27, II, S. 616 ff.; 28, II, S. 359 ff.; 31, II, S. 517; 33, I, S. 331; 36, II, S. 444 ff.; 39, II, S. 119 ff. Z.B.J.V. 36, S. 52.

[30]) Alte, unrichtige Lehre B.G.E. 23, I, S. 643; neue, zutreffende Lehre B.G.E. 35, II, S. 640 ff; 39, II, S. 118 ff.; 41, I, S. 545; 55, II, S. 199 ff Z.B.J.V. 36, S. 52.

[31]) **Seligsohn:** S. 74. G.R.U.R. 7, S. 2. B.G.E. 34, II, S. 770.

Als Freizeichen hat die Rechtsprechung erkannt:

1. Antipyrin für Fiebermittel. B.G.E. 22, S. 467 ff.
2. Hadesi für Zigarren. B.G.E. 25, II, S. 775.
3. Wibertli für pharmazeutische Produkte, B. G. E. 33, II, S. 329.
4. Stern (Wort und Bild) für Champagner. B. G. E. 34, II, S. 770.
5. Vaseline für pharmazeutische Artikel, ebenfalls Haematogen. B. G. E. 36, II, S. 254 und 444 ff.
6. Singer für Nähmaschinen. Propr. Ind. 34, S. 90
7. Grammophon für Sprechapparate. Propr. Ind. 34, S. 70.
8. Linoleum für Bodenbelag. Chenevard, I, S. 223.
9. Schwan (Bildzeichen) für Bettwaren. B. G. E. 20, S. 103.
10. Mühlrad (Bildzeichen) für Mehl. Meili, Markenstrafrecht S. 23.
11. Die geringelte Schlange (Bildzeichen) für pharmazeutische Produkte. Meili eod.
12. Rauchender Neger (Bildzeichen) für Zigarren. Meili eod.
13. Abbildung eines Tannenbaums für Produkte der Stahlindustrie. G.R.U.R. 3, S. 153.
14. Pferd und Löwe für Uhrenartikel. Chenevard, I, S. 223.
15. Lilie für Toilettenseife (Wort- und Bildzeichen), B. G. E. 30, II, S. 123.

§ 5. Das unterscheidungsfähige Zeichen.

(Art. 6 M. G.)

I. Allgemeines.

Selbst wenn ein Zeichen originell ist, kann es nur dann den Schutz der Rechtsordnung beanspruchen, wenn es nicht bereits bestehende Zeichenrechte verletzt. Daraus geht hervor, dass es sich von bereits markenmässig verwendeten Zeichen in genügender Weise unterscheiden muss, also nicht die Gefahr einer Verwechslung in sich schliesen darf. Ist die Möglichkeit der Verwechslung zweier Markenzeichen gegeben, so kann das jüngere Zeichen dem älteren gegenüber nicht mehr zu Recht

bestehen. Daran ändert der Einwand nichts, es seien noch gar keine Verwechslungen vorgekommen[1a]).

Zu bemerken ist, dass der Wortlaut des Art. 6 M.G. nicht als ganz richtig erachtet werden kann; nach schweizerischem Recht entsteht ein Markenrecht nicht durch Eintragung der Marke ins Markenregister, sondern durch ihren markenmässigen Gebrauch. Vgl. § 7. Ein schutzfähiges Zeichen muss sich deshalb von einem bereits verwendeten Zeichen unterscheiden, gleichgültig ob das verwendete Zeichen im Markenregister eingetragen ist oder nicht. Art. 6, Al. 1. M.G.

Die Wiedergabe gewisser, einer bereits verwendeten Marke angehörender Elemente, in einer neuen Marke ist dann zulässig, sofern der Gesamteindruck der beiden Marken verschieden ist. Art. 6, Al. 2. M.G.

Die Rechtsordnung hat aber nur dann Anlass, sich mit Zeichenverletzungen abzugeben, sofern die Zeichenverletzung für den Absatz der Erzeugnisse des Gewerbetreibenden sich nachteilig auswirkt, oder doch dazu geeignet ist.

Ist nun das jüngere Zeichen einem ältern gleich oder ähnlich, sind die beiden Zeichen jedoch für Waren bestimmt, die einander nicht gleichartig sind, so wird dadurch die Herkunft der Ware in keiner Weise zu Verwechslungen Anlass geben. Gleiche oder ähnliche Marken verschiedener Zeicheninhaber für nicht gleichartige Waren müssen als schutzfähig anerkannt werden. Art. 6, Al. 3, M.G. Dabei ist auch hier zu bemerken, dass die markenmässig verwendeten Zeichen, ohne Rücksicht auf die Eintragung, einander gleich oder ähnlich sein können, sofern die Waren, für die sie bestimmt sind, nicht als gleichartig gewertet werden müssen.

Sind zwei Zeichen für gleichartige Waren bestimmt, so müssen sie sich so unterscheiden, dass der Gesamteindruck dieser beiden Zeichen ein verschiedener ist, dass die Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeichen ausgeschlossen ist. Der Gesamteindruck muss von den beteiligten Verkehrskreisen,

---

[1a]) B.G.E. 30, I, S. 537 ff.; 31, II, S. 737 ff.; 38, II, S. 309; 39, II, S. 354; 40, II, S. 286 ff.

die als Abnehmer der Ware in Betracht kommen, insbesondere von Kleinhändlern und Verbrauchern als verschiedener empfunden werden [1]).

Da der Gesamteindruck eines Zeichens durch seine wesentlichen Merkmale bestimmt wird, so müssen sich zwei Zeichen durch ihre wesentlichen Merkmale voneinander unterscheiden. Als wesentliche Merkmale werden von der Gerichtspraxis solche Elemente betrachtet, die einen sinnfälligen Eindruck beim Beschauer des Zeichens hervorrufen und in seinem Gedächtnis haften bleiben [2]). Hierbei können sowohl einzelne, besonders hervorstechende Einzelheiten bestimmend sein, wie auch die Kombination der Einzelheiten zu einem individuellen Ganzen.

Von einem verschiedenen Gesamteindruck der Zeichen kann dann nicht gesprochen werden, wenn sich die beiden Zeichen bei gleichzeitiger aufmerksamer Betrachtung in ihren wesentlichen Bestandteilen unterscheiden, sondern nur dann, wenn sich bei nacheinanderfolgender Betrachtung diese Wirkung herbeiführen lässt, wenn sich die „Gedächtnisbilder", die „Erinnerungsbilder" so unterscheiden, dass sie als zwei verschiedene Zeichen im menschlichen Erinnerungsvermögen eingeprägt bleiben [3]). Es

---

[1]) **Kohler:** § 36; **Pisko:** § 68; **Dunant:** S. 260 ff.; **Chenevard:** I, S. 290 ff. **Pouillet:** S. 24 ff., 170 ff.; **Mackenroth:** S. 141 ff.; **Bry:** S. 96 ff.; **Osterrieth Lehrb.,** S. 325 ff.; **Seligsohn:** S. 97 u. 280 ff.; **Hagens:** S. 112 u. 273 ff.; **Rosenthal:** S. 150 ff.; **Elster:** S. 379 ff.; **Germann:** S. 76 ff.; **Schuler:** S. 10 ff. B.G.E. 7, S. 396 ff., 407, 416, 426; 8, S. 825; 9, S. 551 ff.; 11, S. 47 ff.; 12, S. 293; 13, S. 419; 17, S. 132 und 270; 19, S. 234; 20, S. 101 ff.; 22, S. 588 u. 790 u. 1112; 23, II, S. 642 ff.; 24, II, S. 57, 336 u. 703 ff.; 27; II, S. 627; 28, II, S. 547; 29, II, S. 186 ff.; 30, I, S. 537 ff.; 31, II, S. 316, 731 ff.; 33, II, S. 176, 449 ff.; 33, I, S. 207; 34, II, S. 372 u. 767; 35, II, S. 667; 36, II, S. 259 u 609; 38 II, S. 309 u. 707 ff.; 39, II, S. 124 u. 354 ff.; 40, II, S. 286; 42, II, S. 671; 43, II, S. 248 u. 682; 46, II, S. 183; 47, II, S. 233 ff.; 48, II, S. 141 u. 300; 50, II, S. 76 u. 201; 52, II, S. 166 ff.; 55, II, S. 149 ff. S.J.Z. 2, S. 11; 5, S. 264; 23, S. 27; 24, S. 218. Z.B.J.V. 42, S. 33; 46, S. 682; 57, S. 464; 59, S. 41 u. 448; 60, S. 247. Bl. f.Z.R. 19, Nr. 17, 23, Nr. 186; 26, Nr. 4. Sem. Jud. 47, S. 394; 48, S. 344; 49, S. 549. G.R.U.R. 7, S. 32; 9, S. 354; 11, S. 354, 227; 13, S. 164; 31, S. 400, 485, 491; 29, S. 99; 32, S. 236 u. 482, 709, 904; 34, S. 162. Propr. Ind. 18, S. 46; 26, S. 11, 162; 30, S. 56 ff.; 35, S. 20; 45, S. 15.

[2]) B.G.E. 7, S. 407; 8, S. 825; 9. S. 551; 17, S. 270; 20, S. 103; 24, II, S. 339; 27, II, S. 626 ff.

[3]) B.G.E. 34, II, S. 371 ff.; 38, II, S. 309 ff.;; 39, II, S. 356 ff.

muss berücksichtigt werden, dass dem Beschauer die zwei ähnlichen Marken in der Regel nicht gleichzeitig zu Gesichte kommen, sondern nur zeitlich aufeinanderfolgend.

Die Erfahrung hat gelehrt, dass die einzelnen Verkehrskreise, für welche die mit den Zeichen versehenen Waren bestimmt sind, den Zeichen nicht die gleiche Aufmerksamkeit schenken. Es ist festgestellt worden, dass für Waren, die im täglichen Leben gebraucht werden, als Käufer Hausfrauen und Dienstboten in Betracht kommen. Diese wenden den Zeichen, die auf diesen Waren verwendet werden, nur geringe Aufmerksamkeit zu. Deshalb ist erforderlich, dass sich Zeichen, die für derartige Erzeugnisse bestimmt sind, in erhöhtem Masse voneinander unterscheiden, da nur dann ein verschiedener Gesamteindruck im Erinnerungsvermögen dieser Personen hervorgebracht und die Verwechslungsgefahr behoben werden kann. Dagegen ist festgestellt worden, dass auch diese Abnehmerkreise den Zeichen gewisser Waren eine stärkere Aufmerksamkeit widmen, so den Zeichen, die auf pharmazeutischen Artikeln und Uhren angebracht sind [4]).

Oft sind Waren nur für gewisse Bevölkerungskreise bestimmt, die infolge ihres Bildungsgrades dem Markenzeichen erhöhte Aufmerksamkeit schenken. Auch ist möglich, dass gewissen Arten von Zeichen aufmerksame Beachtung zukommt, z. B. wenn sie aus Eigennamen gebildet sind. Ein Anzeichen, dass zwei Zeichen erhöhte Aufmerksamkeit zukommt, ist darin zu sehen, dass sie längere Zeit nebeneinander bestanden haben [5]).

Der Richter hat deshalb immer bei der Frage der Verschiedenheit des Gesamteindruckes resp. der Verwechslungsgefahr die Ansichten und Gewohnheiten derjenigen Verkehrskreise zu prüfen, für welche die mit den Zeichen versehene Ware bestimmt ist. Dies sind in der Regel die schweizerischen Verkehrskreise, es sei denn, dass die mit dem Zeichen versehene Ware ausschliesslich für den Export bestimmt sei. Nie aber sind die Ansichten der Grosskaufleute, Experten usw. zu berücksichtigen [5a]). Diese wenden den Zeichen immer volle Auf-

---

[4]) B.G.E. 36, II, S. 258.
[5]) **Seligsohn**: S. 284 ff.
[5a]) **Dunant**, S. 342.

merksamkeit zu, so dass geringste Verschiedenheiten zweier Zeichen genügen, um bei ihnen einen verschiedenen Gesamteindruck zu begründen und die Verwechslungsgefahr auszuschliessen.

II. Die Unterscheidungskraft der einzelnen Arten von Zeichen.

1. Bildzeichen. Die Bildzeichen üben ihre Wirkung auf den Beschauer aus durch ihr Bild und ihren Sinn[6]). Den Bildzeichen sind gleichgestellt Wortzeichen, die infolge besonderer eigentümlicher Anordnung ein Markenbild erzeugen[6a])

Wenn zwei Bildzeichen gleiche oder ähnliche Bild- oder Sinneswirkung hervorrufen, so besteht zwischen ihnen kein verschiedener Gesamteindruck.

Bei der Frage, ob zwei Bildzeichen gleichen oder verschiedenen Gesamteindruck erwecken, ist zunächst immer zu prüfen, ob die Zeichen auf den Beschauer durch ihr Bild oder ihren Sinn wirken. Denn es ist leicht möglich, dass zwei Zeichen sich in ihrer Bildwirkung genügend unterscheiden, jedoch eine gleiche oder ähnliche Sinneswirkung hervorrufen, so dass aus diesem Grunde Verwechslungsgefahr anzunehmen ist[7]). Dies trifft namentlich dann zu, wenn die beiden Bildzeichen im Verkehr mit den gleichen Schlagworten bezeichnet werden.

Befinden sich in zwei Bildzeichen gleiche oder ähnliche charakteristische Merkmale, die für die Bild- und Sinneswirkung von ausschlaggebender Bedeutung sind, besonders wenn diese Merkmale in beiden Zeichen gleich angeordnet sind, so ist der Gesamteindruck beider Zeichen nicht verschieden.

Hinzufügung, Weglassung oder Vermehrfachung charakteristischer Bestandteile des alten Zeichens im neuen sind meistens nicht geeignet, einen verschiedenen Gesamteindruck der beiden Zeichen zu begründen[8]).

---

[6]) **Hagens:** S. 279. B.G.E. 7, S. 396 ff.; S. 407, 426; 8, S. 825; 9, S. 288, 551; 19, S. 234; 20, S. 101; 22, S. 790 ff.; 24, II, S. 57, 326 ff.; 703; 28, II, S. 547; 29, II, S. 186; 30, I, S. 537 ff.; 33, II, S. 176 ff.; 34, II, S. 372; 37, II, S. 767; 40, II, S. 286; 43, II, S. 248, 682; 47, II, S. 233 ff.

[6a]) **Hagens** eod.

[7]) B.G.E. 7, S. 407; 38, II, S. 307.

[8]) **Seligsohn:** S. 286 ff.

Nach diesen allgemeinen Ausführungen erscheint folgender Entscheid eigentümlich: In der einen Bildmarke wird der charakteristische Bestandteil aus einem Löwen gebildet, in der andern aus einem Löwenkopf. Dennoch wurde hier die Verwechslungsgefahr dieser beiden Zeichen verneint[9]). Bei beiden Marken wird doch die gleiche Bild- und Sinneswirkung hervorgerufen. Ebenfalls entspricht die Bildwirkung der Sinneswirkung. Dadurch liegt es nahe, Verwechslungsgefahr zwischen diesen beiden Zeichen anzunehmen, besonders, da diese Marken im Stärkedetailhandel verwendet werden und, da hier der Natur der Sache nach der Käufer beim Einkauf der Waren den Zeichen keine grosse Aufmerksamkeit zuwendet.

Richtigerweise dagegen wurde die Verwechslungsgefahr der Bildzeichen Biber und Fuchs für Papierwaren bejaht[10]). Der Gesamteindruck dieser Zeichen ist ja schon durch die Bildwirkung derselbe. Dies trifft ebenfalls für die Sinneswirkung „Biber" und „Fuchs" zu.

Haben zwei Marken gleiche oder ähnliche Bilder, so genügt in der Regel eine verschiedene farbige Ausgestaltung der Bilder nicht, um einen verschiedenen Gesamteindruck der beiden Zeichen zu erzeugen; die Farbe ist deshalb ein Element, das für die Bildung des Gesamteindruckes der Zeichen ohne Bedeutung ist[11]). Infolge dieser Bedeutung der Farbe ist es dem Zeichenberechtigten erlaubt, die farbige Ausstaltung des Bildzeichens beliebig zu verändern. ohne dass dadurch das Bildzeichen mit einem andern Zeichen in Kollision tritt.

Von dieser Regel ist jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn das Zeichenbild als solches für den Gesamteindruck ohne Belang ist, und dieser nur durch die farbige Ausgestaltung hervorgebracht wird. Es ist dann leicht möglich, dass zwar die beiden Zeichen gleiche oder ähnliche Bilder haben, dass aber der Gesamteindruck der beiden Zeichen durch die besondere, eigenartige Ausgestaltung der Farben verschieden ist[12]).

---

[9]) B.G.E. 46, II, S. 184.
[10]) **Hagens**: S. 282; B.G.E. 40, II, S. 282.
[11]) **Dunant**: S. 326 ff.
[12]) G.R.U.R. 34, S. 51 ff. **Seligsohn**: S. 294.

Die Verschiedenartigkeit der Grössenverhältnisse der Bilder, die Stärke der Linien, nebensächliche Verzierungen vermögen keinen verschiedenartigen Gesamteindruck zweier Zeichen hervorzurufen[13]). Ebenfalls entsteht kein neuer Gesamteindruck durch die blosse Hinzufügung oder Weglassung der Firma, es sei denn, dass die Verkehrskreise der Firma in einem Zeichen erhöhte Aufmerksamkeit schenken und den übrigen Zeichenbestandteilen keine Beachtung widmen. So ist festgestellt worden, dass im Stärkekleinverkauf die Abnehmer nicht allzugrosse Bedeutung den Stärkemarken beimessen, sondern ihr Augenmerk besonders auf den Namen des Fabrikanten richten[14]). Es kann jedoch kaum als richtig angenommen werden, wie in B.G.E. 46, II, S. 184 ff. ausgeführt wird, dass der Käufer bloss auf die Firma achte, die Bilder Löwe und Löwenkopf aber für belanglos halte. Bei Raucherwaren dagegen soll der Abnehmer seine Aufmerksamkeit bloss auf die Marke als solche richten[15]).

2. *Wortzeichen* wirken auf den Beschauer durch ihr Bild, durch ihren Klang und durch ihren Sinn[16]). Durch ihr Bild wirken die Wortzeichen, wie schon unter Ziff 1 gesagt worden ist, wenn sie in eigentümlicher typographischer Anordnung dargestellt werden. Hierüber kann auf das beim Bildzeichen Gesagte verwiesen werden.

Neben dieser Bildwirkung sind bei Wortzeichen die Sinn- und Klangwirkung von grösster Bedeutung[17]).

Beim Wortzeichen wird der Gesamteindruck dann gleich sein, wenn bezüglich der Sinnes- oder Klangwirkung beim Beschauer eine Ideenassoziation hervorgerufen wird[18]).

Besteht ein Wortzeichen aus Bestandteilen eines schon früher zu Recht bestehenden Zeichens, und wird dadurch in dem neuen Wortzeichen eine gleiche oder ähnliche Sinnes- oder Klangwirkung erzielt, so ist bei den beiden Marken der gleiche

---

[13]) **Hagens**: S. 115.
[14]) B. G. E. 46, II, S. 184.
[15]) B. G. E. 48, II, S. 141.
[16]) **Hagens:** S. 279.
[17]) B. G. E. 23, I, S. 642; 27, II, S. 627; 31, II, S. 310, 731; 32, I, S. 207 33, II, S. 449.
[18]) **Seligsohn**: S. 288.

Gesamteindruck vorhanden. Das Gleiche gilt, wenn sich ein neues Wortzeichen von einem andern nur durch Zusätze unterscheidet. Es muss aber sogleich gesagt werden, dass besonders für Marken, die für pharmazeutische Produkte und Uhrenartikel bestimmt sind, hievon eine Ausnahme zu machen ist, indem des öftern durch einen fast unbedeutenden Zusatz im neuen Zeichen, infolge der erhöhten Aufmerksamkeit des Publikums, die Verwechslungsgefahr als ausgeschlossen gilt[18a]).

Haben zwei Gewerbetreibende, Zeichenberechtigte, den gleichen Namen, den sie als Zeichen verwenden wollen (homonyme Zeichen), so ist auszugehen von der Tatsache, dass sich zwei gleich starke Individualrechte, Persönlichkeitsrechte, gegenüberstehen, so dass nicht einem der beiden Gewerbetreibenden das Recht auf Führung des Namens verboten werden kann. Sondern man muss sich darauf beschränken, dass einer der beiden Gewerbetreibenden verpflichtet wird, geringe Unterscheidungen an seinem Zeichen anzubringen, um Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeichen auszuschliessen[19]). Dies wird nun meistens den Inhaber des jüngeren Zeichens treffen. Wenn aber eine Person ein Gewerbe nicht betreibt, sondern ihren Namen bloss scheinbar zur Bezeichnung des Gewerbebetriebes und der Waren hergegeben hat, z. B. durch Eintritt in eine Kollektivgesellschaft, um den andern Gewerbetreibenden zu schädigen, dann wird dieser Name als Marke gegenüber dem älteren Zeichen nicht zu Recht bestehen können (dolose Homonymie)[20]).

Von besonderem Interesse ist es, an diese Erörterungen die Zulässigkeit der prädikativen Benutzung fremder Marken anzuschliessen. Durch die prädikative Benutzung fremder Zeichen wird ausgedrückt, dass die damit versehene Ware zwar nicht die des älteren Zeicheninhabers sei, wohl aber eine ihr gleichwertige[21]). Beispiele hiezu sind: „Ersatz für . . .", „System . . .", „genau wie . . . ", „genau wie . . . aber billiger", „Façon de . . . ", usw. Dadurch wird unzweifelhaft auf die Unerfahren-

---

18a) B.G.E. 27, II, S. 627; 31, II, S. 737; 50, II, S. 201; 52, II, S. 166.

19) **Weiss**: Concurrence Déloyale, S. 38 ff.; **Germann:** S. 174; B.G.E. 19, S. 225; 31, II, S. 509.

20) **Weiss** eod.

21) **Osterrieth**: Lehrbuch, S. 331; **Hagens**: S. 282.

heit der Abnehmer der Ware spekuliert, der Absatz der einen Ware soll auf Kosten der andern mühelos gehoben werden. Solche Zusätze werden oft derart angebracht, dass sie kaum wahrnehmbar sind, so dass für den Gesamteindruck nur die zusatzlose Marke bestimmend ist; daraus muss die Absicht des Gewerbetreibenden angenommen werden, Verwechslungen der Zeichen herbeizuführen. Dies wird oft noch durch Preisunterbietungen und ähnliche Machenschaften bestätigt werden. Deshalb sind solche prädikative Beifügungen ohne Belang für den Gesamteindruck des neuen Zeichens und müssen deshalb als unzulässig erachtet werden.

Sollte hingegen auf die prädikative Markenbezeichnung besonders hingewiesen werden, sollte sie im Markenzeichen besonders hervorstechend erscheinen, so dass jedermann weiss, dass es sich um Ersatz von . . . . usw. handelt, so kann darin eine genügende Unterscheidung der prädikativen gegenüber der prädikatslosen Marke bestehen[22]).

Wie bei den Bildzeichen, vermag die Hinzufügung oder die Weglassung der Firma in einem Wortzeichen meistens keinen neuen Gesamteindruck zu erwecken.

Ein Wortzeichen, das dem Sprachschatz entnommen ist, wirkt auf den Beschauer in erhöhtem Masse durch seinen Sinn. Die Klangwirkung tritt gegenüber der Sinneswirkung zurück.

Sobald zwei Wortzeichen, die der Sprache entnommen sind, gleiche oder ähnliche Bedeutung haben, so ist der Gesamteindruck der beiden Zeichen derselbe, es besteht zwischen ihnen Verwechslungsgefahr[23]). Dabei ist der Sinneswirkung die Bedeutung, die Auslegung beizumessen, die ihr die schweizerischen Verkehrskreise geben. Die philologische Bedeutung eines Wortes muss gegenüber der des Sprachgebrauches zurücktreten.

Von besonderer Bedeutung sind in der Schweiz unsere eigenartigen Sprachverhältnisse, die in Berücksichtigung zu ziehen sind. Ist ein Zeichen aus einem Worte der deutschen, das andere Markenzeichen dagegen aus einem Worte der französischen oder italienischen Sprache entnommen, und haben beide

---

[22]) **Hagens**: S. 282.

[23]) z. B. Neger- und Mohrengarn.

Wörter den gleichen oder ähnlichen Sinn, so ist zu prüfen, ob ihre Bedeutung allgemein bekannt ist. Trifft dies zu, so ist der Gesamteindruck der beiden Marken derselbe.

Bestehen zwei Wortzeichen aus Wörtern einer den schweizerischen Verkehrskreisen nicht bekannten Sprache, so ist ein verschiedener Gesamteindruck dann anzunehmen, wenn zwar die beiden Wörter einen gleichen oder ähnlichen Sinn, jedoch einen verschiedenen Klang haben. Bei solchen Wortzeichen kann allein auf die Klangwirkung abgestellt werden[24]).

Sind andererseits die Wörter zweier Zeichen einer schweizerischen Landessprache entnommen und haben sie eine gleiche oder ähnliche Bedeutung, jedoch verschiedene Klangwirkung, so ist ein verschiedener Gesamteindruck anzunehmen, wenn die mit den Zeichen versehenen Waren ausschliesslich für ein Land bestimmt sind, in welchem die Bedeutung der beiden Zeichen im Allgemeinen unbekannt ist, so dass lediglich auf ihre Klangwirkung abgestellt werden muss[25]).

Für die Frage, ob der Gesamteindruck zweier Phantasiewortzeichen verschieden sei, ist massgebend die verschiedene Klangwirkung der beiden Zeichen. Der Sinneseindruck kann natürlich hier nur eine sehr untergeordnete Rolle spielen. Weisen zwei Wortzeichen eine ähnliche Anordnung gleicher Buchstaben auf, ohne dass diese Anordnung eigenartig ist, so kann nicht in Abrede gestellt werden, dass beide Zeichen eine gleiche Bildwirkung schaffen, und schon dadurch eine Verwechslungsgefahr begründen[26]).

Kein verschiedener Gesamteindruck, folglich Verwechslungsgefahr zwischen zwei Wortphantasiezeichen ist anzunehmen, wenn die beiden Wörter aus gleichviel Silben bestehen, die Betonung dieselbe ist, wenn sie mit den gleichen Konsonanten beginnen oder endigen, die gleiche Anfangs- oder Endsilbe haben, in der Mitte der beiden Wörter die gleichen Buchstaben sich vorfinden oder aus gleichviel Buchstaben bestehen, oder endlich das gleiche Stammwort gemeinsam haben. Ebenfalls

---

[24]) **Pouillet:** S. 179 ff. B.G.E. 50, II, S. 77 ff.
[25]) B.G.E. 36, II, S. 428.
[26]) B.G.E. 36, II, S. 428; 48, II, S. 141 ff.

Verwechslungsgefahr ist anzunehmen, wenn zwei Wortzeichen aus verschiedenen Wörtern bestehen, und ein oder mehrere Wörter sich gemeinsam in beiden Zeichen vorfinden.

Die angegebenen Grundsätze sollen durch einige Beispiele der Rechtsprechung erläutert werden.

a. Gleichartigkeit des Gesamteindruckes, also Verwechslungsgefahr wurde angenommen zwischen:

1. Validol und Synvalidol für Pharmazeutische Produkte. Der Zusatz „syn" bedeutet nicht eine Veränderung der Wortmarke als solcher. B.G.E. 33, I, S. 207.
2. Champagne Moët und Champagne Mouette für Champagnerweine. B.G.E. 34, II, S. 767.
3. Citrovin und Citrogen für Essig usw. B.G.E. 36, II, S. 260.
4. Lady Cora und Cora für Uhren. B.G.E. 36, II, S. 604.
5. Hygis und Glygis. B.G.E. 47, II, S. 363.
6. Castello und Castello San Pietro. B.G.E. 48, II, S. 141.
7. Gênes und Génie für Uhren. Hier wurde festgestellt, dass das Publikum diese Worte stets als Phantasiebezeichnungen betrachtete, so dass die Verschiedenheit des Wortsinnes für die beiden Marken nicht zu berücksichtigen war. B.G.E. 50, II, S. 77 ff.
8. Hero und Coro für Früchtekonserven. B.G.E. 52, II, S 159 ff.
9. Honneur und bonheur für Uhren. Die Begriffsbezeichnung dieser beiden Worte fiel ausser Betracht, da das Absatzgebiet für diese Uhren Russland war, und dort der Sinn dieser Worte nicht als bekannt vorausgesetzt werden konnte. B.G.E. 36, II, S. 428 ff.
10. Valvoline und Havoline für Oele. B.G.E. 55, II, S. 149 ff.
11. Elektrit und Elektrine. G.R.U.R. 31, S. 400.
12. Coffeospirin und Aspirin. G.R.U.R. 31, S. 175.
13. Dobrolin und Dolarin. G.R.U.R. 31. S. 491.
14. Maizena und Malzena, G.R.U.R. 16, S. 62 ff.
15. Singer und der Sieger: das Wort „der" ist kaum sicht- Propr. Jnd. 30, S. 56.
16. Sanagen und Sanatogen. Z.B.J.V. 57, S. 464.

17. Sun White und Sunlight. Z.B.J.V. 60, S. 247.

18. Utogold und Uto. Bl.f.Z.R. 23, Nr. 186.

19. Lysol und Lysolin. Z.B.J.V. 59, S. 41.

b. Verschiedenheit des Gesamteindruekes wurde angenommen zwischen:

1. Vasogen einerseits und Vasopon und Vasoval anderseits für medizinische Präparate. B.G.E. 27, II, S. 627 ff.

2. Dido und Lilo für Uhrenartikel. B.G.E. 31, II, S. 737 ff.

3. Bursolin und Basolin für pharmazeutische Artikel. B.G.E. 42. II, S. 671.

4. Salvatose und Somatose für pharmazeutische Artikel. G.R.U.R. 29, S. 99.

5. Ichthyol und Ichthyopon für pharmazeut. Artikel, G.R.U.R. 11, S. 33.

6. Winter Palace und Wintergarten. Propr. Jnd. 35, S. 20.

Diese angeführten Beispiele bestätigen im allgemeinen unsere Ausführungen.

Wenn, wie wir festgestellt haben, für pharmazeutische Präparate und Uhrenartikel geringe Verschiedenheiten für einen neuen Gesamteindruck genügen, so kann doch der Entscheidung „Dido" und „LILO", wonach zwischen diesen beiden Wörtern keine Verwechslungsgefahr bestehen soll, nicht beigepflichtet werden. Beide Wörter haben gleichviel Silben, die gleichen Vokale in der ersten und letzten Silbe, ähnliche Konsonanten am Anfang und in der Mitte, so dass die Klangwirkung und deshalb der Gesamteindruck bei beiden Zeichen der gleiche sein muss. Da beide Wörter Phantasiebildungen darstellen, so ist für den Gesamteindruck nur der Klang massgebend. Die Wirkung des Sinnes fällt für die Bildung des Gesamteindruckes ausser Betracht. Wollte man Verschiedenheit des Gesamteindrucks der beiden Marken annehmen, dann wäre beispielsweise die Entscheidung über die Verwechslungsgefahr zwischen „honneur" und „bonheur" unrichtig, was aber sicher nicht der Fall sein kann. Nicht zustimmen können wir aus den gleichen Gründen

wie bei „Dido" und „Lilo" der Entscheidung, wonach „Bursolin" und „Basolin" nicht verwechslungsfähig wären. Die Unterschiede „ur" und „a" können nicht einen verschiedenen Gesamteindruck hervorrufen, auch wenn die Aufmerksamkeit der Abnehmer der Ware, die mit diesem Zeichen versehen ist, eine erhöhte ist.

3. Bild- und Wortzeichen. Nicht nur Bildzeichen oder Wortzeichen unter sich müssen, um nebeneinander bestehen zu können, einen verschiedenen Gesamteindruck erwecken, sondern auch Bildzeichen müssen sich von Wortzeichen genügend unterscheiden. Zwischen Wortzeichen und Bildzeichen darf nicht eine Ideenassoziation hervorgerufen werden. Es muss vermieden werden, dass das Bildzeichen den gleichen Sinn verkörpert wie das Wortzeichen. Eine Verwechslungsgefahr zwischen Wort- und Bildzeichen kann aber nur bestehen, wenn das Bildzeichen durch seinen Sinn, das Wortzeichen ebenfalls durch den Sinn wirkt, also dem Sprachschatz entnommen ist. Eine Verwechslung zwischen Phantasiewortzeichen und Phantasiebildzeichen ist deshalb ausgeschlossen [27]).

4. Bei Buchstaben- und Zahlenzeichen, die eigenartig angeordnet sind, beurteilt sich die Verschiedenartigkeit des Gesamteindrucks nach den für die Bildzeichen aufgestellten Grundsätzen. Sind diese Zeichen nicht charakteristisch angeordnet, so beurteilt sich ihr Gesamteindruck nach der Wirkung ihres Klanges oder Sinnes. Die Wirkung ihres Sinnes ist namentlich dann ausschlaggebend, wenn die Zeichen auf ein Ereignis, insbesondere eine historische Tatsache hinzuweisen geeignet sind.

5. Bei den Kombinationszeichen kann der Gesamteindruck durch Wort und Bild bestimmt werden. Regel ist, dass das Wort die Hauptbedeutung hat, während dem Bild nur untergeordnete Bedeutung zukommt [28]). Für die Frage der Verwechslungsgefahr verweisen wir deshalb auf das bei den Bild- und Wortzeichen Gesagte.

---

[27]) G.R.U.R. 23, S. 124 ff.

[28]) **Hagens:** S. 287. Unrichtig B.G.E. 20, S. 893; richtig B.G.E. 22, S. 1113: 36, II, S. 259 ff.; 48, II, S. 139; 50, II, S. 77 ff.; Z.B.J.V. 46, S. 682; 60, S. 247.

III. Die Gleichartigkeit der Waren.

Zu Beginn dieses Paragraphen haben wir darauf hingewiesen, dass ein Zeichen mit einem andern ähnlich sein dürfe, wenn es für solche Waren bestimmt sei, die den Waren, auf welchen das ältere Zeichen verwendet werde, nicht gleichartig seien. Art. 6, Al. 3 M. G.

Ohne Belang für die Frage, ob zwei Waren einander gleichartig seien oder nicht, ist ihre stoffliche Zusammensetzung. Vielmehr ist für die Gleichartigkeit der Waren massgebend ihr Zweck. Sind Waren Gegenstand ein- und desselben Fabrikationszweiges, dienen sie dem gleichen Gebrauchszweck, sind ihre Absatzgebiete, die Verkaufs- und Abnehmerkreise dieselben, so dürfen sie als gleichartig betrachtet werden[29]). Auch kann für diese Frage die Herkunft der Ware von Bedeutung sein[30]). Erfahrungsgemäss wird Gleichartigkeit der Waren angenommen werden dürfen, wenn sie dem Publikum in den gleichen Verkaufsläden angeboten werden. Waren, die einem ganz andern Gebrauchszweck dienen, sich einem verschiedenen Kundenkreise zuwenden und in verschiedenen Geschäftszweigen vertrieben werden, dürfen nicht als gleichartig bezeichnet werden[31]).

a. Zwischen folgenden Waren wurde Gleichartigkeit angenommen:

1. Fett, das zum Kochen und Fett, das zum Braten dient. Bl. f. Z. R. 23, Nr. 186.
2. Photographischen Papieren und andern Papieren. B. G. E. 33, II, S. 449.
3. Stahl- und Messingwaren. Propr. Jnd. 34, S. 20.
4. Zigarren deutscher und Zigarren französischer Art. B. G. E. 24, II, S. 700.
5. Mehl aus Mais und Mehl aus Gerste. G. R. U. R. 16, S. 62 ff.
6. Rohtabak und Tabakfabrikaten. G. R. U. R. eod.
7. Automobilen und Flugzeugen. Propr. Jnd. 34, S. 90.

---

[29]) B. G. E. 24, II, S. 703 ff.; 38, II, S. 709 ff.
[30]) B. G. E. 38, II, S. 709 ff.
[31]) **Seligsohn:** S. 100 ff.

8. Fruchtkonserven und Gemüsekonserven. B. G. E. 52, II, S. 159.
9. Ersatzstoffen und echten Waren. Propr. Jnd. 34, S. 20.

b. Verschiedenheit der Waren besteht zwischen:

1. Eierwaren und Tabakfabrikaten. G.R.U.R. 16, S. 62 ff.
2. Weinen und Schuhwaren. G.R.U.R. eod.
3. Instrumenten radioelektrischer Tonerzeugung und mechanischen Musikwerken. G.R.U.R. 32, S. 482.
4. Schaf- und Baumwolle. B.G.E. 38, II, S. 710; 47, II, S. 236 ff.
5. den verschiedenen Artikeln der Uhrenindustrie. B.G.E. 31, II, S. 739.

§ 6. Die Einwirkung des öffentlichen Interesses.

Sofern auch ein Zeichen originell und unterscheidungsfähig ist, so hat die Rechtsordnung noch keine Veranlassung, ihm den Zeichenschutz zu gewähren, wenn es dem öffentlichen Interesse widerspricht[1]). Dem öffentlichen Interesse entgegenstehend sind zu betrachten das unsittliche Zeichen, das täuschende Zeichen und die öffentliche Wappen enthaltenden Zeichen.

I. Das unsittliche Zeichen, Bild-, Wort- oder Kombinationszeichen enthält solche Angaben, die geeignet sind, das Gefühl der Menschen grob zu verletzen[2]).

Ein Markenzeichen gilt auch dann als unsittlich, wenn bloss einzelne Bestandteile, die für den Gesamteindruck der Marke unerheblich sind, unsittlich wirken[3]). Das unsittliche Zeichen ist für alle Waren, für die es verwendet wird, des Rechtsschutzes unfähig: Die Unsittlichkeit eines Zeichens bewirkt absolute Schutzunfähigkeit.

Unsittlich ist ein Zeichen dann, wenn es geeignet ist, das Empfinden der Menschen in geschlechtlicher Hinsicht zu verletzen. Dazu ist aber nicht erforderlich, dass etwa der Tatbe-

---

[1]) **Seligsohn:** S. 86 ff.
[2]) **Kohler:** 21; **Osterrieth:** Lehrbuch, S. 309.
[3]) **Seligsohn:** eod.

stand unzüchtiger Veröffentlichungen im Sinne des Art. 179 des schweizerischen Strafgesetzentwurfes von 1918 oder der kantonalen Strafbestimmungen hierüber erfüllt sei. Sondern eine Marke ist in geschlechtlicher Beziehung als unsittlich zu betrachten, wenn die Darstellung unanständig ist und Anstoss erregen kann[4]). Daneben ist eine Marke unsittlich, wenn sie in politischer oder religiöser Beziehung anstössig ist, wenn sie Beleidigungen gegen politische oder religiöse Persönlichkeiten enthält, eine politische Lehre verspottet usw.[5]). Art. 3, Al. 4 M.G.

II. Das täuschende Zeichen.

Darunter ist ein solches Zeichen zu verstehen, welches Angaben enthält, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und für den Käufer die Gefahr der Täuschung in sich bergen. Sind einzelne Bestandteile des Zeichens täuschend, so bewirken diese die Nichtigkeit des ganzen Zeichens.

Nähere Bestimmungen über die täuschenden Zeichen enthalten die eidgenössische Lebensmittelverordnung vom 23. Februar 1926, Art. 18 ff. M. G. und der Wappengesetzentwurf.

1. Bestimmungen der Lebensmittelverordnung. In Art. 10, Al. 3 und 4 V.O. wird bestimmt, dass sämtliche Arten von Zeichen, die zur Täuschung von Lebensmitteln Anlass geben können, verboten sind. Beispielsweise wird aufgezählt, dass das Bild einer Kuh für Margarine oder Kochfett, von Bienen oder Bienenstöcken für Kunsthonig, von Früchten oder Beeren für künstliche und alkoholfreie Getränke verboten ist. Neben der Bezeichnung der Ware, die obligatorisch ist (Art. 9 Al. 2, V.O.), dürfen gewisse Wortzeichen weder auf der Ware noch auf der Verpackung verwendet werden. Z.B. dürfen Wortzeichen mit dem Stamm „Butter" oder „Rahm"nicht für Margarine gebraucht werden. Für diese Ware können deshalb Wörter wie „Buttyrol" oder „Butterine" nicht als Marke benutzt werden. Für Speisefette darf ebenfalls kein Wortzeichen mit Wortstamm „Butter" als Markenzeichen dienen. V.O. Art 61, Al. 2; 65, Al. 2; und 67, Al. 2; ähnlich V.O. Art. 240, Al. 3.

---

[4]) Bu. Blatt 1911 Bd. 1, S. 475 ff.

[5]) **Seligsohn:** S. 87.

Wortphantasiemarken, die auf Umhüllungen von Gegenständen angebracht sind, müssen so verwendet werden, dass sie gleichzeitig mit der Warenbezeichnung erblickt werden können. Diese Vorschrift muss dem Sinn und Zwecke der VO gemäss für alle Wortzeichen gelten. Endlich dürfen Wortphantasienamen in nicht grösseren Buchstaben angebracht werden als die Bezeichnung der Ware selbst. VO Art. 9, Al. 2 und 3.

2. Täuschend wirken ebenfalls solche Zeichen, die eine falsche Herkunftsbezeichnung oder eine gewerbliche Auszeichnung enthalten, über deren Echtheit sich der Zeicheninhaber nicht auszuweisen vermag, Art. 18 ff. M. G. und Art. 5, 6, 7 und 11 des Wappengesetzentwurfes.

Ein Zeichen ist dann als täuschend anzusehen, wenn es eine offenkundig falsche Herkunftsbezeichnung enthält. Durch das Wort „offenkundig" soll angedeutet werden, dass es sich nicht etwa um eine Phantasiebezeichnung oder ein Freizeichen handeln kann, sondern um eine solche Bezeichnung, welcher der Verkehr Herkunftsfunktion beimisst[6]), Art. 20, Ziff. 2 M. G.

Unter falscher Herkunftsangabe ist zu verstehen die Angabe einer Ortschaft, einer Gegend, aus der eine Ware herstammen soll, in Wirklichkeit aber nicht herstammt[7]), Art. 18, Al. 3 M. G. Die Herstellung des Erzeugnisses findet nicht am Orte oder in der Gegend der Herkunftsbezeichnung statt, welcher der Ware ihren guten Ruf verleiht[8]).

Dagegen ist eine falsche Herkunftsbezeichnung dann nicht zu erblicken, wenn der Gewerbetreibende seinen Geschäftsbetrieb in der Ortschaft oder Gegend hat, die der Ware den guten Ruf verleiht, wenn die Waren jedoch nicht vollständig in diesem Betriebe hergestellt, sondern verschiedene Bestandteile auswärts fabriziert werden. Dies ist ja oft durch technische oder finanzielle Gründe bedingt. Die Zusammensetzung der einzelnen Bestandteile des Erzeugnisses erfolgt ja

---

[6]) Bundesrätl. Botschaft vom 28. Januar 1890, S. 8. G.R.U.R. 27, S. 117ff.
[7]) Bundesrätl. Botsch. von 1886, S. 2. B.G.E. 32, I, S. 693. Propr. Jnd. 14, S. 10.
[8]) B.G.E. 33, II, S. 641.

dann in seinem Geschäftsbetriebe und unter seiner Leitung, so dass dadurch alle Gewähr für den guten Ruf der Ware vorhanden ist, Art. 20, Ziff. 1, M. G.

Wenn der Inhaber eines Geschäftsbetriebes der Sitz desselben in einer Oertlichkeit hat, die einer Ware den guten Ruf verleiht, jedoch sämtliche Waren, die er vertreibt, von auswärts kommen lässt, so dass gar keine Beziehung zwischen Erzeugnis und der betreffenden Herkunftsbezeichnung besteht, so kann ihm zwar nicht verwehrt werden, den Namen dieser Oertlichkeit als Marke zu verwenden; er muss aber im Uebrigen dafür sorgen, dass die Abnehmer der Ware nicht über die Herkunft der Erzeugnisse getäuscht werden, Art. 19, M. G. Wenn z. B. Chokolade, die in Deutschland fabriziert, aber in der Schweiz vertrieben wird, mit einer Marke versehen ist, die auf schweizerische Herkunft der Ware hindeutet, so stellt diese Marke eine falsche Herkunftsbezeichnung dar [9]).

Eine an sich falsche Herkunftsbezeichnung wird dann als Marke verwendet werden dürfen, wenn die Herkunftsbezeichnung durch Zusätze derart umschrieben wird, dass das Publikum über die wirkliche Herkunft der Ware aufgeklärt wird [10]). Sind aber die Zusätze in einer für die Abnehmer kaum erkennbaren Weise in der Marke angeordnet, so ist natürlich eine falsche Herkunftsbezeichnung ohne weiteres anzunehmen. Z. B. wenn Zusätze wie „Ersatz für Aarauer Reisszeuge", „gleich wie St. Galler Stickereien" usw. nur mit Mühe wahrgenommen werden können.

Zeichen, welche die Worte „Eidgenossenschaft", „Bund", „eidgenössisch", „Kanton", „kantonal" oder mit diesen Worten verwechselbare Ausdrücke enthalten, können dann nicht schutzfähig sein, wenn sie eine falsche Herkunftsbezeichnung im Sinne der vorigen Ausführungen bedeuten. Art. 6 des Wappengesetzentwurfes. Das gleiche gilt von Bild- oder Wortzeichen, die nationale Begriffe wie „Helvetia", „Winkelried", „Rütli" u. dgl. enthalten. Art. 7 des Wappengesetzentwurfes [11]).

---

[9]) B. G. E. 32, I, S. 93; 33, II, S. 651.
[10]) **Dunant:** S. 242 ff.
[11]) B. G. E. 32, II, S. 682.

Ebenfalls können Zeichen, die Wappen und Fahnen ausländischer Staaten oder Gemeinden, Hoheitszeichen des Auslandes enthalten, die an sich schutzfähig wären, dann keine Schutzfähigkeit erlangen, wenn sie infolge falscher Herkunftsbezeichnung täuschend wirken. Art. 14, Al. 2*, M.G. und Art. 11 des Wappengesetzentwurfes [12]).

Endlich ist zu bemerken, dass nicht nur Marken, die falsche Herkunftsangaben enthalten, keinen Schutz geniessen, sondern auch alle mit ihnen verwechselbaren Zeichen. Wenn auch dies nicht allgemein ausgesprochen ist, so muss sich eine solche Lösung aus Art. 13 bis, Ziff. 3* und Art. 14, Al. 2, lit. a bis c* M.G. ergeben.

Neben den falschen Herkunftsbezeichnungen können zu Täuschungen Anlass geben Angaben ehrenvoller Auszeichnungen in Markenzeichen, über deren Echtheit der Zeicheninhaber sich nicht auszuweisen vermag. Darunter sind zu verstehen Auszeichnungen, Ausstellungspreise, Belohnungen, Diplome, die der Zeicheninhaber entweder gar nie empfangen, oder wenn er sie erhalten hat, sie eine Auszeichnung für eine andere Ware bedeuten als für diejenige, für die sie markenmässig verwendet werden. Art. 14, Ziff 4* und Art. 21, M.G.

III. Oeffentliche Wappen.

Oeffentliche Wappen und andere als Eigentum des Staates anzusehende Zeichen, die in die Marke einer Privatperson aufgenommen werden, geniessen den gesetzlichen Schutz nicht, Art. 3, Al. 2* M.G. Dieser Grundsatz bedarf einer Erläuterung.

Oeffentliche Wappen und andere als Eigentum des Staates anzusehende Zeichen geniessen in der Marke eines Privaten keinen Rechtsschutz. Ist dagegen eine juristische Person des öffentlichen Rechts, Eidgenossenschaft, Kanton, Bezirk oder Gemeinde, Inhaberin eines solchen Zeichens, so muss dem Zeichen die Schutzfähigkeit zuerkannt werden. Kollektivzeichen, die öffentliche Wappen u. dgl. enthalten, müssen auch dann geschützt werden, wenn die Trägerin eine juristische Person

---

[12]) **Dunant:** S. 446.

des öffentlichen Rechts ist, die einzelnen Gewerbetreibenden, die dieses Zeichen markenmässig verwenden, dagegen Privatpersonen sind[13]).

Wenn aber öffentliche Wappen und andere als Eigentum des Staates anzusehende Zeichen bloss als Bestandteile einer Marke derart verwendet werden, dass sie nicht für ihren Gesamteindruck massgebend sind, so ist die Marke schutzfähig, sofern sie vor dem Inkrafttreten der Novelle zum M. G. vom 21. Dezember 1928, d. h. vor dem 15. Mai 1929 ins Markenregister eingetragen worden ist. Art. 3, Al. 2* in Verbindung mit Art. 13 bis* M. G. Nach dem Inkrafttreten dieser Novelle dagegen können solche Markenzeichen weder ins Markenregister eingetragen, noch irgendwie geschützt werden.

Art. 3, Al. 3* M. G. macht aber schon jetzt darauf aufmerksam, dass solche Zeichen, die öffentliche Wappen u. dgl. enthalten und vor dem 15. Mai 1929 eingetragen worden sind, durch die zukünftige Bundesgesetzgebung des Zeichenschutzes verlustig erklärt werden können[14]).

Ein Bundesgesetz in dieser Sache ist bis jetzt noch nicht erlassen worden. Dagegen sieht ein bundesrätlicher Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutze öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 16. Dezember 1929 (abgekürzt Wappengesetzentwurf) in Art. 20 die Löschung bereits eingetragener Zeichen vor, sofern sie Wappen und andere öffentliche Zeichen enthalten. In Uebereinstimmung mit Art. 13 bis* M. G. verbietet der Wappengesetzentwurf, Art. 1 und 2, die Neueintragung solcher Zeichen ins Markenregister und untersagt auch den tatsächlichen Gebrauch dieser Zeichen. Zur Durchführung dieser Massnahme stellt er Strafsanktionen in Art. 13 auf.

Nicht in einem Zeichen verwendet werden dürfen das Wappen der Eidgenossenschaft, das eidgenössische Kreuz, die Wappen der Kantone, Bezirke und Gemeinden, oder solche Wappen darstellende Fahnen. Art. 13 bis, Ziff. 1* M. G., Art. 1, Ziff. 1 und Art. 2, Ziff. 1 des Markengesetzentwurfes. Den Gemeinde-

[13]) Botschaft des Bundesrates vom 16. Dezember 1929, S. 8; **Osterrieth**; Lehrbuch, S. 308.

[14]) Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 1928, S. 10.

wappen und Fahnen sind gleichzustellen diejenigen ihrer Unterabteilungen, Burgergemeinden, Gilden und Zünfte.

Nach dem Wortlaut der Art. 13 bis, Ziff. 1* in fine M.G., Art. 1, Ziff. 1 und Art. 2, Ziff. 1 des Wappengesetzentwurfes sind charakteristische Bestandteile von Kantonswappen als Zeichen ebenfalls nicht verwendbar. Durch Umkehrschluss aus diesen Artikeln ergibt sich dagegen, dass Bestandteile von Bezirks-, Kreis- oder Gemeindewappen ein schutzfähiges Markenzeichen bilden können.

Nicht Gegenstand eines schutzfähigen Zeichens können sein die Worte „Schweizerwappen", Schweizerkreuz" oder andere Angaben, die auf das eidgenössische Wappen oder Kreuz, auf das Wappen eines Kantons, eines Bezirkes, eines Kreises, einer Gemeinde, oder auf charakteristische Bestandteile von Kantonswappen hinweisen, Art. 1, Ziff. 4 und Art. 2, Ziff. 2 des Wappengesetzentwurfs.

Ausser den Wappen der Eidgenossenschaft, der Kantone, Bezirke und Gemeinden können als Zeichen nicht geschützt werden die andern als Eigentum des Staates anzusehenden Zeichen, die andern öffentlichen Zeichen, die Hoheitszeichen, Art. 3, Al. 2 und 3*, Art. 13 bis, Al. 1 und 3* M.G., Art. 1, Ziff. 2 und 3 des Wappengesetzentwurfes. Darunter sind zu verstehen Hoheitszeichen der Eidgenossenschaft und der Kantone, namentlich das Bundessiegel, die Siegel der Kantone, Siegel und Stempel kantonaler Behörden, Kurs habende schweizerische Geldmünzen usw., ferner Kontroll- oder Garantiezeichen und Stempel der Eidgenossenschaft, der Kantone, Bezirke und Gemeinden, wie Kontrollstempel für Edelmetalle, Gebührenmarken, Stempel für Werttitel u. dgl., Art. 13 bis, Ziff. 2* M.G., Art. 1, Ziff. 2 des Wappengesetzentwurfes[14a]).

Private Kontroll- und Garantiezeichen oder Stempel dürfen dagegen von Dritten nachgeahmt oder nachgemacht und als Zeichen im technischen Sinne verwendet werden, sofern sie für Waren bestimmt sind, die mit denjenigen, auf denen die Garantie- oder Kontrollzeichen angebracht, nicht gleichartig sind. Art. 13 bis, Al. 2* M.G. und Art. 4, Al. 2 des Wappengesetzentwurfes.

[14a]) Botschaft des Bundesrates vom 16. Dezember 1929, S. 9.

Nicht unter den Begriff „andere öffentliche Zeichen" sind zu stellen nationale Bild- und Wortzeichen wie Tell, Helvetia, Winkelried usw. Diese dürfen in einem Zeichen verwendet werden, sofern die Benutzung nicht gegen die guten Sitten verstösst, Art. 7 des Wappengesetzentwurfes. Die Benutzung verstösst u. a. dann gegen die guten Sitten, „wenn sie eine Missachtung des nationalen Bild- oder Wortzeichen darstellt"; Art. 7, Al. 2, lit. b des Wappengesetzentwurfes.

Wie die öffentlichen Wappen und Hoheitszeichen werden behandelt die mit ihnen verwechselbaren Zeichen. Art. 13 bis, Ziff. 3* M.G., Art. 1, Ziff. 2 und Art. 2, Ziff. 2 des Wappengesetzentwurfes.

Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass öffentliche Wappen und andere öffentliche Zeichen nur dann nicht ein schutzfähiges Markenzeichen bilden können, sofern es sich um gegenwärtig geltende Wappen und andere öffentliche Zeichen handelt. Wohl aber können Gegenstand eines schutzfähigen Zeichens sein nicht mehr geltende Wappen oder Hoheitszeichen[15]).

Ueber die Schutzfähigkeit ausländischer Wappen und Hoheitszeichen setzt Art. 13bis, Al. 3* M.G. folgende Regelung fest: „Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für Wappen, Fahnen und andere Hoheitszeichen oder amtliche Kontroll- und Garantiezeichen, und Stempel anderer Staaten oder mit den angegebenen verwechselbare Zeichen, wenn und soweit der Staat, dem die Zeichen gehören, der Schweiz für gleichartige eidgenössische und kantonale Zeichen Gegenrecht hält. Vorbehalten bleibt das aus Art. 14, Abs. 2 hiernach folgende Eintragungsverbot". Dieser schlecht redigierte Absatz 2 bedarf der Erläuterung.

Es ist nicht richtig, wenn in Art. 13 bis, Al. 3* M.G. von analoger Anwendung der Al. 1 und 2 gesprochen wird. Einzig und allein Al. 1, Ziff. 1 bis 3 kann für ausländische Wappen Hoheitszeichen analoge Anwendung finden. Diese Lösung ergibt sich auch aus Art. 10, Ziff. 1 des Wappengesetzentwurfes. Wenn ein Zeichen irgend ein privates Garantie- oder Kontrollzeichen des Auslandes enthält, so ist kein Grund vorhanden, ihm des-

[15]) **Elster:** S. 378.

wegen den Schutz abzusprechen. Vielfach ist das ausländische private Garantiezeichen in der Schweiz gar nicht als solches bekannt und wird deshalb als gültiges Markenzeichen gewertet werden müssen, sofern es den übrigen Voraussetzungen entspricht. Niemand wird behaupten wollen, das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum sehe jedem privaten ausländischen Garantiezeichen diese Eigenschaft an.

Art. 13 bis, Al. 3* M.G. bezieht sich nur auf ausländische Wappen und Hoheitszeichen, die in einer Marke der Schweiz verwendet werden sollen.

Ausländische Wappen und Hoheitszeichen, die allein den Zeicheninhalt darstellen, konnten unter der Herrschaft des Art. 14, Ziff. 2, M. G. von 1890, also bis zum 14. Mai 1929 nicht als Marke in der Schweiz eingetragen und geschützt werden. Das gleiche galt, wenn sie den wesentlichen Bestandteil für das Zeichen darstellten.

Seit dem 15. Mai 1929, d.h. dem Inkrafttreten der Novelle zum M. G. vom 21. Dez. 1929, sind sie bloss dann in der Schweiz nicht eintragungs- und schutzfähig, wenn schweizerische, eidgenössische und kantonale Wappen und Hoheitszeichen in dem auswärtigen Staate ebenfalls nicht eintragungs- und schutzfähig sind, der Schweiz also Gegenrecht gehalten wird.

Ohne Rücksicht auf diese Erörterungen sind ausländische Wappen und Hoheitszeichen in der Schweiz stets als Marke auszuschliessen, wenn sie eine falsche Herkunftsbezeichnung darstellen, wodurch das Publikum getäuscht werden kann. Art. 14, Al. 2* M. G. und Art. 11 des Wappengesetzentwurfes.

Mit dem öffentlichen Wappen in Zusammenhang steht das Wort- und Bildzeichen des roten Kreuzes. Durch Bundesgesetz vom 14. April 1910 betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des roten Kreuzes ist die Führung desselben im Verkehr verboten[16]). Es darf insbesondere nicht als Markenzeichen Verwendung finden, weder als Bild-, Wort- oder Kombinationszeichen. Auch sind Bestandteile des roten Kreuzes als Wort oder Bild in einem Zeichen nicht verwendbar. Das Gleiche

[16]) S.J.Z. 7, S. 37 ff. Propr. Jnd. 22, S. 3 ff.

gilt für Zeichen, die mit dem roten Kreuz verwechselbar sind. Es ist deshalb unrichtig, wenn die bundesrätliche Botschaft vom 15. März 1909 auf Seite 3 schreibt, das rote Kreuz sei Freizeichen und deshalb vom Zeichenschutz ausgeschlossen. Nein, das rote Kreuz darf überhaupt nicht als Zeichen verwendet werden. Seine Verwendung wird sogar strafrechtlich geahndet. Wäre es Freizeichen, so würde es ja allgemeinen markenmässigen Gebrauch voraussetzen; ferner kann sich ja niemand durch den Gebrauch eines Freizeichens einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen.

Der Gebrauch des Wortes und Bildes des Roten Kreuzes als Markenzeichen ist für sämtliche Waren verboten.

Anhang.

In Art. 14, Ziff. 2 in fine* M. G. wird bestimmt, dass ein Zeichen auch dann der Schutzfähigkeit entbehre, wenn es gegen bundesgesetzliche Vorschriften verstosse, also gegen Vorschriften, die in Bundesgesetzen, Reglementen usw. enthalten sind. Als solche kommen vornehmlich in Betracht das Bundesgesetz zum Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes und die Lebensmittelverordnung. Da der Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 16. Dezember 1929 in absehbarer Zeit Gesetzeskraft erlangen wird, so ist er ebenfalls hier anzugeben.

Das Nähere hierüber ist bereits ausgeführt worden.

II. Kapitel.

Formelles Recht.

§ 7. Die Entstehung und Ueberprüfung der Schutzfähigkeit eines Zeichens.

I. Die Entstehung des Rechtsschutzes.

Art. 4 des M. G. lautet: „Eine Marke hat nur dann Anspruch auf gerichtlichen Schutz wenn die in den nachstehenden Artikeln 12 bis 15 vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung erfüllt worden sind" [1]).

In Anlehnung an den Wortlaut dieses Artikels wurde der gerichtliche Schutz der Marke erst nach erfolgter Eintragung ins Markenregister gewährt, und zwar der im M. G. umschriebene Rechtsschutz. Das Markengesetz wurde als lex specialis betrachtet, das für die nichteingetragenen Marken den Schutz des O.-R. gegen die unerlaubten Handlungen ausschloss[2]).

Hiezu ist aber folgendes zu beachten: Die Markengesetzgebung regelt eine bestimmte Art des unlautern Wettbewerbs. Durch sie soll der unlautere Wettbewerb bekämpft werden in Verbindung mit andern Gesetzen über diese Materie. Spricht man nun der nicht eingetragenen Marke auch den Schutz des gemeinen Rechtes ab, so ergibt sich das Resultat, dass das Markengesetz in Verbindung mit anderen Gesetzen über den unlautern Wettbewerb die unlautere Konkurrenz teilweise unterdrückt, teilweise aber sogar fördert. Es ergibt sich dann die unhaltbare Rechtslage, dass z. B. ein Zeichen, das zwar nicht markenmässig verwendet wird, wohl aber auf Prospekten, Inseraten usw. angebracht, obschon es nicht hinterlegt ist und nicht hinterlegt werden kann, gegen Verletzungen nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen geschützt ist. Dagegen ist ein markenmässig verwendetes Zeichen, wenn es nicht eingetragen ist, schutzlos, während nach dem Willen des Gesetzes ihm sicher Schutz zukommen soll.

---

[1]) Eine ähnliche Bestimmung enthielt Art. 5 des (alten) Bundesgesetzes betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Christmonat 1879.

[2]) B, G. E. 7, S. 398, 407 u. 421; 8, S. 825; 9, S. 478.

Die einst allzu starre Rechtsprechung musste sich im Sinne unserer Ausführungen ändern. In B.G.E. 22, S. 585 wird denn auch bestimmt, dass ein Zeichenrecht durch den ersten rechtmässigen markenrechtlichen Gebrauch geschaffen werde, unabhängig davon, ob ein Zeichen im Markenregister eingetragen sei oder nicht. Art. 4, M.G. verstehe unter gerichtlichem Schutz den speziellen Marken-Rechtsschutz, der einer eingetragenen Marke zukomme, der sich als ein vom gemeinen Recht erhöhter Rechtsschutz darstelle. Da die nicht eingetragene Marke dieses speziellen Rechtsschutzes nicht teilhaftig sei, so müsse ihr der Schutz des O.-R. über die unerlaubten Handlungen und insbesondere über den unlauteren Wettbewerb gewährt werden.

Diese neue Praxis des Bundesgerichtes, die in B.G.E. 22, S. 585 zum ersten Mal dargestellt worden ist, wonach auch der nicht eingetragenen Marke Schutz gewährt wird, ist seither von ihm beibehalten worden [3]).

Ein schutzfähiges Zeichen entsteht also ausschliesslich durch die markenmässige Verwendung, d.h nur dann, wenn es auf der Ware oder der Verpackung verwendet wird [4]). Der Gebrauch des Zeichens auf Prospekten und dergleichen kann nicht als markenmässiger Gebrauch, nicht als rechtserzeugend betrachtet werden. Ob aber die markenmässige Verwendung des Zeichens im In- oder Auslande erfolgt sei, ist für die Entstehung des Zeichenrechtes ohne Bedeutung [5]).

Die Eintragung der Marke ins Markenregister begründet deshalb nicht das Markenrecht, sondern stellt das am Zeichen erworbene Recht bloss fest. Die Eintragung des Markenzeichens wirkt nicht konstitutiv, sondern deklarativ. Dadurch lehnt sich unser Recht an das französische Rechtssystem an, und stellt

---

[3]) B.G.E. 25, II, S. 297; 27, II, S. 625; 31, II, S. 321; 34, II, S. 371; 40, II, S. 360. G.R.U.R. 6, S. 98. **Chenevard:** I, S. 195 ff.

[4]) B.G.E. 24, II, S. 336 ff.; 25, II, S, 298; 26, II, S. 647; 27, II, S. 625; 28, II, S. 557; 31, II, S. 321; 34, II, S. 371; 35, II, S. 338; 36, II, S. 606 ff.; 38, II, S. 701; 40, II, S. 357; 43, II, S. 100 ff.; 248 ff.; 47, II, S. 233. Z.B.J.V. 46, S. 680. Bl. f. Z.R. 5, Nr. 5. **Schuler:** S. 86 ff.; **Weiss:** Conc. Dél., S. 58 ff. **Dunant:** S. 313; **Germann:** S. 79.

[5]) G.R.U.R 6, S. 98 ff.; **Dunant:** S. 225; **Chenevard:** I, S. 256 ff.; B.G.E. 26, II, S. 650 ff.

sich in Gegensatz zum deutschem Warenzeichenrecht, kraft dessen nur die Eintragung des Zeichens in die Zeichenrolle als rechtsbegründend angesehen werden kannn.

Aber immerhin ist die Eintragung der Fabrik- und Handelsmarke in das Markenregister von grosser Bedeutung. Die Eintragung stellt nicht allein das Zeichenrecht fest, sondern sie stellt die Vermutung auf, dass der erste Hinterleger auch der wahre Berechtigte sei, dass er also die Marke als erster hinterlegt, und sie nicht einem Dritten geraubt habe. In einem Markenrechtsprozess ist deshalb der erste Hinterleger vom Nachweis seiner Zeichenberechtigung entbunden. Dies im Gegensatz zum nicht eingetragenen Zeichen. Jedoch ist die Annahme, der erste Hinterleger eines Zeichens sei auch der wahre Berechtigte, bloss eine praesumtio iuris, nicht aber de iure. Sie kann durch Gegenbeweis umgestossen werden[6]). Erhöhten Rechtsschutz geniesst das eingetragene Zeichen durch die Strafbestimmungen des Art. 24, ff. M. G.[7]).

Um Zeichenverletzungen zivilrechtlich rasch durchführen zu können, sind die Kantone gehalten, hiezu eine einzige Gerichtsinstanz zu bezeichnen. Art. 29, Al. 1 M. G. Denn jedes eingetragene Zeichen kann auf seine Schutzfähigkeit, abgesehen von der eingeschränkten administrativen Ueberprüfung stets noch gerichtlich untersucht werden, sei es durch die Zivil- oder Strafgerichte. Der erhöhte Schutz des eingetragenen Zeichens äussert sich auch in der erweiterten Klagelegitimation: Zur Zivil- und Strafklage sind aktiv legitimiert der Inhaber der Marke, also der Verletzte , wie auch der getäuschte Käufer. Art. 27, Ziff. 1 * M.G. Diese Aktivlegitimation wird von der Praxis extensiv interpretiert, indem ausser diesen Personen zur Klage legitimiert betrachtet werden interessierte Drittpersonen[8]). Ferner sind für die Markenrechtsverletzungen, begangen an eingetragenen Zeichen, besondere Verjährungsvorschriften aufgestellt: Verjährung nach zwei Jahren seit dem Tage der letzten Uebertretung an. Art. 28,

---

[6]) **Dunant**: S. 223. B.G.E. 25, II, S. 774; 26, II, S. 647 ff.

[7]) Für die sfrafrechtlichen Verfolgungen sind überdies nocb die Gerichtsstände geregelt. Art. 28, Al. 1 M. G.

[8]) B.G.E. 30, II, S. 122 u. 383.

Al. 4, M.G. Endlich wird durch die Eintragung der Geltungsbereich des Zeichens hinsichtlich der Waren, für die es verwendet werden soll, abgegrenzt.

Das nicht eingetragene Zeichen leitet, wie schon mehrmals betont, seinen Schutz aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts her, indem die Normen über die unerlaubten Handlungen, O.-R. Art. 41 ff. und namentlich über den unlautern Wettbewerb, O.-R. Art. 48 bei Zeichenverletzungen Anwendung finden. Der Wortlaut dieser Artikel ist ihrem Zwecke nach sehr allgemein gefasst. Deshalb darf es nicht unzulässig erscheinen, verschiedene Bestimmungen des Gesetzes über die Fabrik- und Handelsmarken, die materielles, zivilrechtliches Markenrecht enthalten, analog anzuwenden, soweit sie in den Inhalt des Art. 48 und 41 ff, O.-R. hineinpassen. Dies muss vor allem gelten für Art. 1, Ziff. 2 M. G., Art. 3*, Art. 6, Art. 7, Ziff. 1 und 3*, und Art. 7 bis*, Art. 13 bis* und Art 14* M. G.

Daraus geht hervor, dass unsere Ausführungen in den §§ 1 bis 6 ohne Unterschied gelten müssen für die eingetragenen wie für die nicht eingetragenen Zeichen, es sei denn, dass etwas anderes bemerkt worden ist. Nicht dagegen können Anwendung finden für die nicht eingetragenen Zeichen die Bestimmungen des M.G. über den strafrechtlichen Schutz, die einzige Gerichtsinstanz für zivilrechtliche Verfolgungen, die Legitimation zur Klage, den Gerichtsstand bei strafrechtlicher Verfolgung, Verjährung usw.

Von der Regel, dass ein Markenzeichen durch den markenmässigen Gebrauch entsteht, ist eine Ausnahme zu machen für Vorrats- und Defensivzeichen. Da diese Zeichen erst später, oder überhaupt nie verwendet werden sollen, so ist es unmöglich, dass sie durch den Gebrauch entstehen können. Allein ihre Erzeugung kann auch nicht durch die blosse Aneignung geschehen. Die Zeichen wären ja niemandem offenkundig. Es ginge nicht an, im Markenprozess einzuwenden, man besitze dieses und jenes Zeichen als Vorrats- oder Defensivzeichen. Auch könnte der Beweis des längern Bestehens eines solchen Zeichens gegenüber einem andern nur mit Mühe geführt werden. Deshalb können solche Zeichen nur durch das Markenregister geschaffen werden. Nur dadurch können sie als bekannt angesprochen

werden. Für solche Zeichen wirkt der Eintrag ins Markenregister nicht deklarativ, sondern konstitutiv. Jedoch bleibt immer noch die gerichtliche Ueberprüfung der Schutzfähigkeit solcher Zeichen vorbehalten.

Beizufügen ist der Vollständigkeit halber, dass ebenfalls Vorrats- und Defensivwaren nur kraft des Markenregisters ihre Existenz haben können.

II. Die Prüfung der Schutzfähigkeit eines eingetragenen Zeichens.

Wenn ein Markenzeichen eingetragen werden soll, so unterliegt es einer, wenn auch beschränkten Ueberprüfung durch Verwaltungsbehörden. Infolge des deklarativen Markensystems ist aber diese erste Ueberprüfung der Schutzfähigkeit des Zeichens keine endgültige. Die spätere gerichtliche Prüfung im Zivil- oder Strafprozess bleibt stets noch vorbehalten.

A. Die administrative Ueberprüfung.

1. Durch das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum bezw. durch das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement. Die Prüfungsmöglichkeit des eidg. Amtes für die verschiedenen Elemente der Schutzfähigkeit eines Zeichens ist eine verschiedene.

a. Ueberprüfung der Unterscheidungsfähigkeit eines Zeichens. Nimmt anlässlich der Anmeldung einer Marke das eidg. Amt wahr, dass sie sich von einer schon eingetragenen nicht genügend unterscheidet, so wird dem Anmelder hievon konfidentiell Mitteilung gemacht: Art. 13, Al. 2 M. G. und V. O. vom 24. April 1929 Art. 11. Diese Mitteilung wird dann unterbleiben, wenn die Zeichen zwar ähnlich, jedoch für verschiedenartige Waren verwendet werden sollen oder bestimmt sind. Sofern das Amt diese Mitteilung unterlässt, so können gegen dasselbe keine rechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden. Die Unterlassung dieser Mitteilung ist von keiner Bedeutung für die Schutzfähigkeit der Marke. Auch besteht keine Pflicht des Amtes bei der Anmeldung der Marke bezüglich der Unterscheidungskraft Umschau zu halten. Selbst wenn das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum von der nicht genügenden Unterscheidungskraft des Zeichens dem Anmelder Mitteilung macht, so ist es

auf sein Verlangen dennoch einzutragen. Denn die Eintragung geschieht auf Verantwortlichkeit des Anmelders, Art. 13. Al. 2 Satz 1, M. G. Diese Mitteilung, vielfach avis préalable genannt, ist für die Entscheidung der gleichen Rechtsfrage im Markenrechtsprozess ohne Bedeutung. Zu bemerken ist, dass diese Benachrichtigung nur vom eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum ausgehen kann.

b. Daneben steht dem eidgenössischen Amt Prüfungskompetenz über die Schutzfähigkeit der angemeldeten Zeichen zu. Das Amt hat nämlich bei jeder Zeichenanmeldung zu prüfen, ob die Marke

als wesentlichen Bestandteil ein als Gemeingut anzusehendes Zeichen enthalte,

einer Privatperson ein öffentliches Wappen, ein staatliches Hoheitszeichen, oder Bestandteile von solchen enthalte,

unsittlich, täuschend sei, eine falsche Herkunft oder eine falsche gewerbliche Auszeichnung zum Gegenstand habe.
Art. 13 bis* und 14* M. G.

Treffen diese Gründe zu, so ist die Eintragung der Marke in das Markenregister zu verweigern, die Anmeldung zurückzuweisen.

Nebenbei ist zu bemerken, dass die Anfangssätze der Art. 13 bis* und 14* M. G. zu Meinungsverschiedenheiten Anlass geben können. Der Sinn der beiden Sätze ist aber derselbe. Beim Vorhandensein der Tatbestände der beiden Artikel muss die Eintragung verweigert werden. Betreffend Auslegung dieser beiden Artikel wird auf das I. Kapitel § 6 verwiesen. Auf andere als hier angegebene Verweigerungsgründe kann nicht eingetreten werden, da sie die Frage der Schutzfähigkeit eines Markenzeichens nicht berühren.

Wird entgegen den Bestimmungen der Art. 13 bis* und 14* M. G. ein Zeichen eingetragen, so kann das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Löschung solcher Marken von Amtes wegen anordnen. Art. 16 bis, Al. 1* M. G.

2. Durch das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtsinstanz. Gegen die Verweigerung der Eintragung einer Marke durch das eidgenössische Amt oder die Anordnung der Löschung durch das Justiz- und Polizeidepartement steht dem Anmelder

als einziges Rechtsmittel die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu. Art. 16bis, Al. 2* M.G., Art. 8, V.D.G. und Anhang I, Al. 1, V.D.G. (Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflegegesetz).

Aktiv zur Beschwerde legitimiert ist der Anmelder des zurückgewiesenen Zeichens. Passiv legitimiert ist die Behörde, welche die Verfügung getroffen hat: das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum oder das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement.

Der Beschwerdegrund macht eine Verletzung der Bestimmungen des eidgenössischen Markenrechtes geltend.

Bei der Beurteilung der Beschwerde hat das Bundesgericht die Rechtsfragen zu prüfen, ob eine Marke als Gemeingut anzusehen sei, ob sie unsittlich, täuschend wirke, ob sie öffentliche Wappen u. dgl. enthalte, also alles rein zivilrechtliche Fragen, die auch in einem Straf- oder Zivilprozess in Markensachen zu entscheiden sind. Deshalb ist in Art. 2, Al. 2, V.D.G. vorgesehen, dass diese Fragen statt durch die staats- und verwaltungsrechtliche Abteilung durch die zivilrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts beurteilt werden können[8a]). In Ausführung dieser Bestimmungen hat das Bundesgericht in seinem Reglement vom 26. November 1928, Art. 4, Ziff. 5 die erste Zivilabteilung damit betraut.

Wird nun die Verwaltungsbeschwerde gutgeheissen, also festgestellt, dass ein Zeichen schutzfähig sei, nicht unsittlich, täuschend usw. wirke, oder als Gemeingut anzusehen sei, so hat das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum die Eintragung des Zeichens vorzunehmen.

Es fragt sich aber, ob in einem später folgenden Zivil- oder Strafprozess, in welchem sich die gleichen Rechtsfragen wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben, die Gerichte, insbesondere auch das Bundesgericht an den früheren Entscheid, den Verwaltungsgerichtsentscheid, gebunden seien oder nicht. Diese Frage glauben wir verneinen zu müssen. Die Lösung ergibt sich aus der Ueberlegung, dass im Verwaltungsprozess nur die Voraussetzungen der Eintragungsfähigkeit eines Zeichens zu prüfen sind, wobei zwar die zivilrechtlichen Fragen grund-

[8a]) Botschaft des Bundesrates vom 27. März 1925, Seite 36.

legende Bedeutung haben. Im Zivil- oder Strafprozess dagegen ist stets nur die Frage zu prüfen, ob ein bereits eingetragenes Zeichen ausschliesslich durch den Zeicheninhaber markenmässig verwendet werden könne. Sollten die Gerichtsbehörden an den Entscheid der Verwaltungsbehörden gebunden sein, so müsste dies in einer besonderen Gesetzesbestimmung erwähnt werden. Aus Art. 2 V.D.G. und der bundesrätlichen Botschaft zum V.D.G. vom 27. März 1925 kann eine solche Folgerung nicht gezogen wird.

Für den Laien wirkt es natürlich seltsam, wenn im Verwaltungsprozess festgestellt worden ist, dass ein Zeichen nicht als Gemeingut anzusehen sei, kein öffentliches Wappen usw. enthalte, deshalb schutzfähig sei und eingetragen werden müsse, später aber die Gerichte urteilen, das Zeichen sei Gemeingut, enthalte öffentliche Wappen und entbehre deshalb der Schutzfähigkeit. Dies wirkt umso stossender, wenn gegen ein kantonales Urteil die Berufung ergriffen wird, und die erste zivilrechtliche Abteilung, welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zugesprochen hat, die gleiche Rechtsfrage im nachfolgenden Zivilprozess abweichend beurteilt. Vgl. Art. 4. Ziff. 1 des bundesgerichtlichen Reglementes vom 6. November 1928. Da die erste Zivilabteilung über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde und im Berufungsverfahren über die Markenrechtsstreitigkeiten urteilt, so können solche Vorkommnisse nicht etwa durch Plenarentscheid gemäss Art. 23, Al. 2 O. G. eingeschränkt werden[9]).

Immerhin muss betont werden, dass diese Erörterungen mehr theoretischer als praktischer Natur sind. Sie werden aber durch unser Markensystem bedingt, nach dem Prinzip, dass ein Zeichen nur durch die markenmässige Verwendung entstehe, und stets, auch wenn eingetragen, der gerichtlichen Ueberprüfung unterliege. Wie aus dem Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1928, Abteilung Justiz- und Polizeidepartement S. 9 und 10 hervorgeht, sind Beschwerden gegen das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum im Verhältnis zu den angemeldeten und eingetragenen Marken selten. Auch

---

[9]) Pra, Band 15. Nr. 27 und 47; Bd. 17, Nr. 65.

bürgt das Ansehen des Bundesgerichtes dafür, dass eine verschiedene Beurteilung der gleichen Rechtsfrage im Verwaltungs- und Zivilprozess, wenn nicht besondere Umstände es verlangen, nicht vorkommen wird.

Anhang. Eine Besonderheit sieht Art. 20, Al. 3 des Wappengesetzentwurfes vor. Ist ein Zeichen, das öffentliche Wappen und andere öffentliche Zeichen enthält, vor dem Inkrafttreten des Wappengesetzentwurfes ins Markenregister eingetragen worden, so muss es gelöscht werden. Die Löschungsverfügungen des eidgenössischen Amtes können an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement weitergezogen werden. Erst gegen dessen Entscheid ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig.

B. Die gerichtliche Ueberprüfung der Schutzfähigkeit eines Zeichens. Die Eintragung eines Zeichens ins Markenregister schränkt, wie schon mehrmals gesagt worden ist, die gerichtliche Ueberprüfung in keiner Weise ein. Die Prüfung kann auf dem Wege des Zivil- oder Strafprozesses erfolgen.

1. Zur Beurteilung von Markenstreitigkeiten im Zivilprozess verpflichtet das M. G. die Kantone, eine einzige Gerichtsstelle zu bezeichnen, ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes. Dadurch werden die Bestimmungen der kantonalen Prozessgesetze über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte kraft eidgenössischen Rechtes teilweise durchbrochen.

Diese einzige kantonale Gerichtsinstanz beurteilt vor allem die Schutzfähigkeit der eingetragenen Markenzeichen, dagegen ohne Rücksicht auf den Eintrag diejenige solcher Zeichen, die eine Herkunftsbezeichnung oder eine gewerbliche Auszeichnung enthalten; Art. 29, Al, 1 M. G. Die Bestimmung dieser einzigen kantonalen Instanz erfolgt aber nicht durch das Markengesetz selbst, sondern durch die kantonale Gesetzgebung. Die einzige kantonale Gerichtsstelle kann, nach dem Belieben der Kantone, eine untere oder obere Instanz, ein Zivil- oder Handelsgericht sein.

Interkantonal ist dasjenige kantonale Gericht zuständig, in dessen Kanton der Beklagte seinen Wohnsitz oder seine Geschäftsniederlassung hat. Wohnt der Beklagte ausserhalb der Schweiz,

so ist örtlich kompetent das Handelsgericht des Kantons Bern, es sei denn, dass er dem eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum ein Sonderdomizil angegeben habe, Art. 30, M. G.

Kantonale Gerichtsinstanz zur Beurteilung von Zivilprozessen in Markenrechtssachen, Art. 29, Al. 1, M. G.

Aargau	Handelsgericht
Appenzell-A./Rh.	Obergericht
Appenzell-J./Rh.	Kantonsgericht
Baselland	Obergericht
Baselstadt	Zivilgericht
Bern	Handelsgericht
Freiburg	Kantonsgericht
Genf	Zivilgerichtshof
Graubünden	Bezirksgericht bei Streitwert von über Fr. 600.—. Bezirksgerichtsausschüsse bei Streitwert bis Fr. 600.— Vermittler bei Streitwert bis Fr. 150.—
Luzern	Amtsgericht
Neuenburg	Bezirksgericht bei Streitwert bis Fr. 2000.- Kantonsgericht bei Streitwert über Fr. 2000.—
St. Gallen	Handelsgericht
Schaffhausen	Obergericht
Schwyz	Kantonsgericht
Solothurn	Obergericht
Thurgau	Obergericht
Tessin	Zivilkammer des Appellhofes
Nidwalden	Kantonsgericht
Obwalden	Obergericht
Uri	Landgerichte Uri und Urseren
Waadt	Zivilkammer des Kantonsgerichtes
Wallis	Kantonsgericht
Zürich	Handelsgericht

Im Uebrigen finden die Bestimmungen der kantonalen Prozessgesetze Anwendung.

2. Neben der zivilprozessualen Ueberprüfung der Schutzfähigkeit eines Zeichens kann eine solche im Strafprozess erfolgen, da das eingetragene Zeichen durch besondere Strafbestimmungen gegen Verletzungen geschützt ist Art. 24 ff. M.G.

Das kantonale Strafprozessrecht wird nur in einigen Punkten durch das M.G. abgeändert, findet aber sonst im vollem Umfange Anwendung.

Sofern das kantonale Strafprozessrecht die Adhäsion im Strafprozess zulässt, muss sie gleichfalls im Markenstrafprozessrecht durch den Verletzten erklärt werden können. Deshalb muss in solchen Fällen der Anspruch des in seinen Rechten verletzten Markenberechtigten, wie die Klage auf Löschung der gegnerischen Marke, auf Schadenersatz und auf Genugtuung im Strafprozess neben der strafrechtlichen Verfolgung geltend gemacht werden können, O.G., Art. 149.

Oertlich zuständig ist das Gericht des Bezirks, in welchem der Angeschuldigte seinen Wohnsitz hat, oder des Ortes, wo die Markenverletzung begangen worden ist. Art. 28, Al. 1, M.G.[9a]). Die Gerichtsstände des Art. 28, Al. 1, M.G. sind elektiv. Durch die Anhebung einer strafrechtlichen Verfolgung an einem der Gerichtsstände wird der andere Gerichtsstand konsumiert. Im Uebrigen finden die kantonalen Prozessvorschriften auf das Verfahren Anwendung, auf die in dieser Arbeit nicht näher eingetreten werden soll.

Weil eine juristische Person strafrechtlich nicht verfolgbar ist, so muss die Strafverfolgung sich gegen ihre Organe richten. Abgesehen von dem forum delicti commissi kann eine Verfolgung nur da durchgeführt werden, wo die einzelnen Organe Wohnsitz haben, nicht aber, nach dem Wortlaut des Art. 28, Al. 1, M.G. am Sitz der juristischen Person.

3. Gegen die Urteile der einzigen kantonalen Instanz im Zivilprozess oder der kantonalen Strafgerichte können als Rechtsmittel an das schweizerische Bundesgericht ergriffen werden die Berufung und die Kassationsbeschwerde.

[9a]) Vgl. auch den schweizerichen Strafgesetzentwurf v. 1918 Art. 8.

a. Die Berufung. Zunächst werden in Art. 29, Al. 2, M.G. und Art. 62, O.G. Markenrechtsstreitigkeiten in dem Sinne privilegiert, dass die Berufung ans Bundesgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig ist[10]). Diese Regel ist so zu verstehen, dass die Berufung für sämtliche Ansprüche aus Markenrechtsverletzungen, also z.B. auch bezüglich des Schadenersatzes allein, stets ergriffen werden kann[11]). Der Grund dieser Bestimmungen muss sich dadurch ergeben, dass das Markenzeichen eines der Mittel zur Bestimmung der Leistungskraft eines Gewerbetreibenden ist (§ 1). Diese aber ist einer vermögensrechtlichen Abschätzung nicht fähig[12]).

Die Berufung kann ergriffen werden:

aa. gegen ein Haupturteil der einzigen kantonalen Gerichtsinstanz in Markensachen. Da es sich um ein Haupturteil in Markensachen handelt, so muss die Markenstreitigkeit im Zivilprozess materiell entschieden worden sein[13]). Es muss deshalb darüber geurteilt worden sein, ob eine Marke wirklich Marke im Sinne des M.G., oder ob ein Zeichen unterscheidungskräftig, oder ob es Freizeichen sei, öffentliche Wappen enthalte usw. Deshalb ist kein Haupturteil der Erlass einer einstweiligen Verfügung, ein Entscheid über Vor- oder Zwischenfragen.

bb. gegen ein Haupturteil der letzten kantonalen Strafgerichtsinstanz im Adhäsionsprozess. Erforderlich ist, dass der kantonale Instanzenzug in Strafsachen erschöpft sei und die oberste kantonale Instanz ein Haupturteil gefällt habe. Art. 58, Al. 1, O.G.

Berufungsgrund ist, dass eine Bestimmung des M.G. oder ein sich daraus ergebender Grundsatz durch die kantonale Instanz nicht richtig beurteilt worden sei[14]). Das Bundesgericht kann deshalb nur die Rechtsfrage überprüfen, es ist an die Tatfrage gebunden.

---

[10]) **Dunant:** S. 384 ff. B.G.E. 14, S. 460; 16, S. 34 ff. 21, S. 1054; 22, S. 464, 1103; 23, I, S. 638 ff.; 23, II, S. 630 ff.; 24, II, S. 52 und 700 ff.; 28, II, S. 125 ff.

[11]) **Weiss:** Die Berufung an das Bundesgericht, S. 54.

[12]) **Weiss:** Berufung, S. 53 ff.

[13]) **Weiss:** Berufung, S. 4; B.G.E. 16, S. 634; 21, S. 1054; 25, I, S. 283.

[14]) **Weiss:** Berufung, S. 21; **Dunant:** S. 401; B.G.E. 19, S. 700; 48, II, S. 249; 51, II, S. 87 ff.; 52, II, S. 159.

Tatfrage ist alles was im Laufe des Prozesses von der kantonalen Instanz als Tatbestand festgestellt wurde, Rechtsfrage, unter welchen Rechtssatz der Tatbestand zu subsumieren sei. Ob eine Marke ein Zeichen im Sinne des M.G. sei, ist Rechtsfrage[15]). Rechtsfrage ist ebenfalls, ob ein Zeichen originell, Frei- oder Deskriptivzeichen sei. Tatfrage aber, ob der Vekehr einem Zeichen beschreibende Wirkung beimesse, ob einem Zeichen noch Individualbezeichnung zukomme, oder ob sich in bestimmten Verkehrskreisen schon die Auffassung im Sinne eines Freizeichens durchgerungen habe. Tatfrage ist, welche Aufmerksamkeit von einer bestimmten Klasse von Leuten bei der Betrachtung des Zeichens angewendet wird, welche Teile eines Zeichens mit besonderer Aufmerksamkeit betrachtet werden[16]). Tatfrage ist, ob ein Zeichen mit einem andern verwechselt worden sei. Rechtsfrage, ob der Gesamteindruck beider Zeichen verschieden sei, ob Verwechslungsgefahr bestehe[17]). Tatfrage ist, ob in einem Zeichen gewisse Bestandteile eines schon bestehenden Zeichens wiederkehren, Rechtsfrage aber, welche Wirkung diese Bestandteile auf den Gesamteindruck auszuüben vermögen. Tatfrage ist, für welche Waren ein Zeichen bestimmt sei, Rechtsfrage, ob Verschiedenheit oder Gleichartigkeit der Waren anzunehmen sei[18]). Tatfrage ist, ob eine Marke erstmals gebraucht werde, oder ob sie früher bereits markenmässig verwendet worden sei[19]). Rechtsfrage ist, ob ein Zeichen eine falsche Herkunftsbezeichnung oder eine falsche gewerbliche Auszeichnung enthalte.

Bei der Ueberprüfung der Rechtsfrage ist das Bundesgericht vollständig frei. Es ist nicht an die Rechtserörterungen der Parteien oder der kantonalen Instanz gebunden. Jedoch kann sich die Prüfung des Bundesgerichts nur innerhalb des Rahmens

---

[15]) **Weiss**: Berufung, S. 21.

[16]) **Seligsohn**: S. 284 ff.

[17]) **Dunant**: S. 401. B.G.E. 12, S. 95; 33, II, S. 175 u. 210; 37, II, S. 11 ff.; 38, II, S. 566 u. 707; 39, II, S. 115 ff.; 125 u. 354 ff.; 40, I, S. 300; 40, II, S. 286; 41, I, S. 545 ff.; 42, II, S. 169 u. 671; 43, II, S. 100, 248 u. 682 ff.; 46, II, S. 180; 47, II, S. 347 u. 360; 48, II, S. 14 u. 249; 50, II, S. 185; 52, II, S. 195, 300, 600 ff.

[18]) **Weiss**: Berufung, S. 203. B.G.E. 33, II, S. 450 ff.; 38, II, S. 709; 47, II, S. 233 ff.

[19]) B.G.E. 39, II, S. 133; 43, II, S. 100 u. 248 ff.; 47, II, S. 226 ff.

der Berufungsanträge erstrecken. In der Regel fällt es selbst ein Urteil in der Markenstreitigkeit, es sei denn, dass Rückweisung an die kantonale Instanz zur Vervollständigung des Tatbestandes erforderlich wäre. Deshalb wirkt die Berufung reformatorisch und nicht kassatorisch[20]). Auf weitere Einzelheiten des Berufungsverfahrens kann hier nicht eingetreten werden.

b. Die Kassationsbeschwerde. Gegen jedes strafrechtliche Erkenntnis eines kantonalen Strafgerichts in einer Markenstreitigkeit kann die Kassationsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes ergriffen werden, O.G. Art. 160. Gleichgültig ist, ob eine Abänderung im Straf- oder Zivilpunkt herbeigeführt werden soll. Wenn jedoch gegen ein Erkenntnis eines kantonalen Strafgerichtes Beschwerde eingelegt wird, so kann neben diesem Rechtsmittel nicht noch die Berufung ergriffen werden[21]).

Mit der Kassationsbeschwerde wird geltend gemacht, dass das kantonale Strafgericht oder die kantonalen Ueberweisungsbehörden einen Rechtssatz des M.G. oder einen sich daraus ergebenden Grundsatz falsch angewendet haben[22]). Sie ist somit zulässig.

aa. Gegen Endurteile oberinstanzlicher Strafgerichte, d. h. gegen Endurteile der obersten kantonalen Instanz in Strafsachen. Der kantonale Instanzenzug muss also durchlaufen worden sein. Ein Endurteil ist nicht immer gleichbedeutend mit einem Haupturteil. Endurteil ist dann ein Haupturteil, wenn über die eingeklagte Markenverletzung materiell entschieden wird. Als Endurteile sind aber auch solche Entscheide zu betrachten, durch welche ein Strafverfahren zum Abschluss gebracht wird, ohne dass über eine Markenrechtsstreitigkeit materiell entschieden wird, z. B. wenn die Einrede der Verjährung einer Markenverletzung geltend gemacht wird, und Zuspruch derselben erfolgt[22a]).

---

[20]) **Weiss**: Berufung, S. 305.

[21]) **v. Salis**: Die Kompetenzen des Bundesgerichts in Strafsachen, S. 161; **Dunant**: S. 397.

[22]) B.G.E. 24, I, S. 478; 31, I, S. 140.

[22a]) **Baumann**: Die Kassationsbeschwerde im schweizerischen Strafrecht, S. 10. B.G.E. 25, I, S. 283; 29, I, S. 346; 30, I, S. 536; 33, I, S. 197 ff.

bb. Gegen ablehnende Entscheide kantonaler Ueberweisungsbehörden in Markenstrafsachen [23]). Es handelt sich hier um Entscheide, die im Vorverfahren bis und mit der Ueberweisung getroffen werden und ein Verfahren ohne Prüfung der materiellen Begründetheit der eingeklagten Markenverletzung abschliessen.

Das Bundesgericht kann auch in diesem Verfahren nur Rechtsfragen überprüfen. An den durch die kantonale Instanz festgestellten Tatbestand ist es gebunden. Findet der Kassationshof die durch die kantonale Instanz beurteilten Rechtsfragen als richtig entschieden, so weist er die Beschwerde ab. Andernfalls, im Gegensatz zu der Berufung, hebt er den kantonalen Entscheid auf und weist ihn zu neuer Entscheidung an die betreffende Behörde zurück, ohne jedoch in der Sache selbst ein Urteil zu fällen. Die Ausführungen des Entscheides des Kassationshofes sind aber für den Entscheid der kantonalen Instanz bindend [24]).

III. Prüfung der Schutzfähigkeit eines nicht eingetragenen Zeichens.

Eine administrative Ueberprüfung fällt hier der Natur der Sache nach weg. Die Prüfung der Schutzfähigkeit kann nur durch die Gerichte erfolgen.

Wie schon früher aufmerksam gemacht wurde, so ist auch hier zu betonen, dass ein nicht eingetragenes Zeichen, das eine Herkunftsbezeichnung oder eine gewerbliche Auszeichnung enthält, wie eine eingetragene Marke zu schützen ist. Die gerichtliche Ueberprüfung richtet sich für diese Zeichen nach den Bestimmungen über die eingetragenen Marken.

Die Ueberprüfung der Schutzfähigkeit nicht eingetragener Zeichen erfolgt im Zivilprozess nach den Bestimmungen der kantonalen Zivilprozessordnungen. Dabei steht es im Belieben der Kantone, zur gerichtlichen Ueberprüfung dieser Zeichen eine oder mehrere Instanzen einzusetzen.

Die Ueberprüfung der Schutzfähigkeit eines nicht eingetragenen Markenzeichens kann im Strafprozess dann erfolgen,

[23]) B.G.E. 24, I, S. 478; 29, I, S. 346; 32, I, S. 151.

[24]) **v. Salis**: S. 162; **Baumann**: S. 73. B.G.E. 27, I, S. 542; 32, I, S. 701 33, I, S. 203.

wenn zum Schutze solcher Zeichen kantonale Bestimmungen in Spezialgesetzen strafrechtlicher Natur, in besonderen Deliktstatbeständen oder im Tatbestande des Betruges enthalten sind.

Spezialgesetze, die sich gegen unlautere Machenschaften richten und ebenfalls zum Schutze nicht eingetragener Zeichen strafrechtliche Bestimmungen enthalten, bestehen in Luzern, Schwyz, Glarus, Aargau Genf und Neuenburg. Besondere Bestimmungen zum Schutz von Siegeln, Stempeln, Zeichen von Privatpersonen kennen Baselstadt, Bern, Graubünden, Schaffhausen, Tessin, Obwalden und Wallis. In den übrigen Kantonen wird ein Markenzeichen gegen Verletzungen vielfach durch die Regeln über den Betrug geschützt werden. Eine strafrechtliche Verfolgung wegen Betruges wird aber bloss dann erfolgreich durchgeführt werden können, wenn der Abnehmer der Ware durch das Zeichen des Usurpators getäuscht worden und ihm ein Vermögensschaden erwachsen ist.

Die Zulässigkeit der Ergreifung der einzelnen Rechtsmittel richtet sich nach kantonalem Prozessrecht.

Gegen die Haupturteile letztinstanzlicher kantonaler Zivilgerichte kann auch bei nicht eingetragenen Marken Berufung an das Bundesgericht ergriffen werden, ohne Rücksicht auf den Streitwert. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Fassung von Art. 62 O.G. Ebenfalls aus Art. 61 O.G., da die Leistungskraft eines Gewerbetreibenden, die das Zeichen darstellt, einer vermögensrechtlichen Abschätzung nicht fähig ist[25]). Die Berufung muss auch bei Entschädigungsforderungen ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig sein.

Dies muss gleichfalls gelten, wenn eine Schadenersatzklage aus Markenverletzung im Adhäsionsprozess angebracht worden ist.

---

[25]) B.G.E. 37, II, S. 413 u. 542; 39, II. S. 266.

II. Teil.

Internationales Recht.

§8. Die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit ausländischer Marken in der Schweiz.

I. Einleitung.

Wenn hier kurz über internationales Markenrecht gehandelt werden soll, so können bloss die Verhältnisse der internationalen Marken in der Schweiz betrachtet werden. Denn wie gezeigt werden soll, beurteilt sich letzten Endes die Schutzfähigkeit einer internationalen Marke zum grossen Teil nach dem Recht des Landes, in welchem der Markenrechtsschutz beansprucht wird, nach der lex fori. Deshalb können die Verhältnisse der Schweizer Marken im internationalen Verkehr in dieser Arbeit nicht berücksichtigt werden.

Die Rechtsstellung der internationalen (ausländischen) Marken in der Schweiz, d. h. derjenigen Marken, deren Inhaber in der Schweiz keinen Geschäftsbetrieb hat, wird durch Art. 7* und 7 bis* M. G. umschrieben. Diese Regeln werden aber durch die Bestimmungen der Pariser Uebereinkunft vom 20. März 1883, revidiert in Brüssel am 14. Dezember 1900, in Washington am 2. Juni 1911 und Im Haag am 6. November 1925, welcher ausser der Schweiz der grösste Teil der Kulturstaaten[1]) angehören, teilweise aufgehoben. Im internationalen Verkehr können deshalb die Art. 7* und 7 bis* M. G. nur untergeordnete Bedeutung haben.

---

[1]) Ende 1928 gehörten ihr ausser der Schweiz an: Australien, Belgien, Brasilien, Bulgarien, Dänemark, Danzig, Deutschland, Dominikanische Republik, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Irland, Italien, Japan, Jugoslawien, Kanada, Kuba, Lettland, Luxemburg, Marokko, Mexiko, Niederlande, Norwegen, Oesterreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Spanien, Syrien, Tschechoslowakei, Tunis, Türkei, Ungarn, Vereinigte Staaten von Amerika.

II. Die Verhältnisse der Ausländermarken in der Schweiz nach den Bestimmungen der Pariser Uebereinkunft.

Die Ausländermarken geniessen in der Schweiz den Schutz des M. G., wenn sowohl bezüglich des Inhabers der Marke, wie auch bezüglich der Marke selbst gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Art. 2* P. Ue.

Die Angehörigen der Unionsländer geniessen in der Schweiz den Schutz, den die Schweizer in der Schweiz geniessen. Darunter muss derjenige Schutz verstanden werden, den das M. G. den Personen gewährt, die in der Schweiz ihren Geschäftsbetrieb haben. Unionsangehörige sind Personen, die in einem der Unionsstaaten Bürgerrecht haben. Eine juristische Person ist dann als unionsangehörig zu bezeichnen, wenn sie ihren Sitz in einem der Unionsstaaten hat[2]). Physische Personen, die Staatsangehörigkeit in einem der Verbandstaaten haben, können für ihre Marken den Schutz des M. G. beanspruchen, gleichgültig, ob sie ihren Wohnsitz in einem der Verbandsländer haben oder nicht[3]). Art. 2* P. Ue. Den Staatsangehörigen der Unionsländer sind gleichgestellt die Angehörigen solcher Länder, welche der Union nicht angehören, die aber entweder in einem der Unionsländer Wohnsitz oder eine ernst zu nehmende gewerbliche oder Handelsniederlassung haben, d. h. deren Geschäftsbetrieb sich in einem der Unionsländer befindet. Art. 3 P. Ue. Nach dem Wortlaut des Art. 3 P. Ue. genügt es, wenn sich in einem der Verbandsstaaten bloss eine Zweigniederlassung vorfindet. Für juristische Personen hat dieser Artikel 3 nicht eine grosse Bedeutung. Er ist für sie bloss dann wichtig, wenn die juristische Person nicht in einem der Unionsländer ihren Hauptsitz (dann ist sie ja nicht unionsangehörig), wohl aber eine Zweigniederlassung hat.

Sofern die persönlichen Voraussetzungen des Zeicheninhabers gemäss Art. 2* und 3 P. Ue. gegeben sind, ist erforderlich, damit eine Unionsmarke in der Schweiz eingetragen und geschützt werden kann, dass das Zeichen in seinem Ursprungslande regelrecht eingetragen worden ist, Art. 6, Al. 1* P. Ue. Daraus

---

[2]) **Walker:** S. 115 u. 119. B.G.E. 50, II, S. 51. Z.B.J.V. 65, S. 380.
[3]) **Dunant:** S. 531.

muss, entgegen der Ansicht von Osterrieth[4]) gefolgert werden, dass sich Art. 6 P. Ue. auf den Boden des akzessorischen Charakters der Auslandmarke stellt. Dies ergibt sich aus folgendem Beispiel: Wird ein Zeichen in Deutschland zur Eintragung in die Zeichenrolle angemeldet, wird jedoch festgestellt, im Ueberprüfungsverfahren, dass es Freizeichen ist, und die Anmeldung deshalb zurückgewiesen, so kann ein solches Markenzeichen gestützt auf Art. 6 Al. 1* P. Ue. in der Schweiz auch dann nicht eingetragen werden, wenn ihm nach Auffassung der schweizerischen Verkehrskreise Individualisierungskraft zukäme. Dieses Prinzip des akzessorischen Charakters muss aber in seiner Wirkung stark eingeschränkt werden. Wird eine Unionsmarke in der Schweiz zur Eintragung angemeldet, so muss die Eintragung erfolgen, sofern nachgewiesen ist, dass in diesem Moment die Auslandsmarke im Ursprungsland ebenfalls eingetragen und geschützt ist[5]). Jedoch kann in der Schweiz die Löschung eines solchen Zeichens oder die gerichtliche Ungültigkeitserklärung in einem späteren Zeitpunkt nicht aus dem Grunde erfolgen, dass die Marke im Ursprungslande schutzlos erklärt worden ist[6]). Denn ob eine Marke durch Nichtgebrauch oder durch Verlust ihres individuellen Charakters schutzlos geworden sei, beurteilt sich in der Schweiz nicht nach der lex patriae, sondern nach der lex fori, nach schweizerischem Recht.

Als Ursprungsland wird in Art. 6 Al. 2* P. Ue. dasjenige Unionsland bezeichnet, in welchem der Hinterleger eine ernst zu nehmende gewerbliche oder Handelsniederlassung besitzt. Aus der Fassung dieses Textes geht hervor, dass auch eine Zweigniederlassung, sofern sie nicht fingiert ist, diesem Erfordernis von Art. 6, Al. 3 Satz 1* P. Ue. genügt. Deshalb kann eine wirkliche und ernst zu nehmende Niederlassung nur durch das Vorhandensein eines Geschäftsbetriebes nachgewiesen werden. Hat aber der Zeicheninhaber keine solche Niederlassung in einem der Unionsstaaten, so gilt als Ursprungsland das Ver-

---

[4]) **Osterrieth:** Lehrbuch, S. 467.

[5]) Dabei ist gleichgültig, ob die Eintragung der Marke deklarativen oder konstitutiven Charakter habe.

[6]) B.G.E. 24, II, S. 56.

bandsland, in welchem er seinen Wohnsitz hat. Ist der Markenbrechtigte eine juristische Person, so ist die Lage ihres Sitzes hierfür massgebend. Wenn auch diese Voraussetzung nicht gegeben ist, so wird dasjenige Verbandsland als Ursprungsland betrachtet, in welchem der Berechtigte Staatsangehörigkeit besitzt. Dies kann bloss für physische Personen als Zeicheninhaber gelten, weil sich ja bei der juristischen Person die Staatsangehörigkeit durch ihren Sitz bestimmt.

Das Erfordernis der gewerblichen oder Handelsniederlassung, des Wohnsitzes oder der Staatsangehörigkeit in einem der Unionsländer bestimmt sich nach den Gesetzgebungen derjenigen Verbandsländer, in denen Wohnsitz usw. beansprucht wird. Das Vorhandensein dieser Erfordernisse hat der Markeninhaber bei der Anmeldung des Zeichens in der Schweiz durch Bescheinigung der zuständigen Behörden des Auslandes nachzuweisen[7]). Vgl. V.O. zum M. G. vom 24. April 1929, Art. 6, Ziff. 5. Sind diese Voraussetzetzuungen vorhanden, so muss eine Marke, so wie sie ist, telle quelle, zur Eintragung in der Schweiz zugelassen und geschützt werden, es sei denn, dass die in der P. Ue. angegebenen Ausschliessungsgründe des Art. 6, Ziff. 1 bis 3* zuträfen.

Wenn also das Ursprungsland eine bestimmte Art und Form von Zeichen kennt, die dem schweizerischen Recht unbekannt sind, so kann aus diesem Grunde die Eintragung und der Schutz einer solchen Marke nicht verweigert werden. Z.B. wenn das Ursprungsland als Zeichen auch die originelle Form der Ware oder der Verpackung versteht.

Die Eintragung und der Schutz einer Unionsmarke in der Schweiz kann bloss dann verweigert werden, wenn die in Art, 6, Ziff. 1 bis 3* P. Ue. abschliessend aufgezählten Ausschliessungsgründe vorhanden sind. Diese Bestimmungen verweisen in grossem Masse auf die Anschauungen und Gepflogenheiten des Landes, in dem der Zeichenschutz begehrt wird, also auf schweizerische Verkehrsanschauungen. Ferner sind die Vorbehalte dieses Artikels die gleichen wie im schweizerischen Recht, welche einem Zeichen die Schutzfähigkeit absprechen. Es ist aber nicht ganz richtig, wenn gesagt wird, die Gründe, welche einer Unions-

---

[7]) **Freund-Magnus:** S. 106.

marke den Rechtsschutz verweigern, würden durch das schweizerische Recht bestimmt[8]). Nein, hierfür kommen die Bestimmungen der P. Ue. zur Anwendung, die zwar mit dem schweizerischen Recht übereinstimmen und auf schweizerische Verkehrsgepflogenheiten Rücksicht nehmen.

1. Einem Zeichen ist die Schutzfähigkeit abzusprechen, wenn es geeignet ist, Rechte zu verletzen, welche Dritten in der Schweiz bereits zustehen. Art. 6, Ziff. 1* P. Ue. Eine Marke ist ebenfalls schutzlos, wenn sie sich von einer bereits Verwendeten, aber nicht Eingetragenen eines Unionsangehörigen nicht gehörig unterscheidet, welche als dessen Individualzeichen in der Schweiz bekannt ist. Art. 6bis, Al. 1* P. Ue.[9]).

Da die nicht eingetragene Marke in der Schweiz gegen Verletzungen, insbesondere auch Usurpation, nach Art. 48, O. R. geschützt wird, und da bei diesen Zeichen kein Unterschied gemacht wird, ob sie In- oder Ausländerzeichen seien, so kommt dieser Bestimmung in der Schweiz keine grosse Bedeutung zu.

2. Wenn das Zeichen jeder Unterscheidungskraft entbehrt, also Frei- oder Deskriptivzeichen ist. Jedoch verpflichtet hier Art. 6, Ziff. 2 Al. 2* P. Ue. die Gerichte, alle Tatumstände zu berücksichtigen, namentlich die Dauer des Gebrauches einer Marke. Misst einem solchen Zeichen der (schweizerische) Verkehr Individualisierungskraft zu, so muss es geschützt werden. Vgl. das früher Gesagte. I. Teil, § 4, II. A.

3. Wenn das Zeichen gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, oder öffentliche Wappen und Hoheitszeichen enthält. Der Ziff. 3 des Art. 6 ter* P. Ue., der die vertragsschliessenden Länder, also in casu die Schweiz, verpflichtet[10]) Zeichen, die öffentliche Wappen und Hoheitszeichen enthalten, vom Rechtsschutze auszuschliessen, ist durch Art. 13bis* und Art. 3* M. G. Genüge geleistet. Für Einzelheiten wird auf das im I. Teil, § 6, III Gesagte verwiesen.

---

[8]) B.G.E. 39, II, S. 354 u. 650; 42, II, S. 169; 53, II, S. 360; 55, II, S. 59ff.
[9]) B.G.E. 43, II, S. 103. **Osterrieth:** Haager Konferenz, S. 60.
[10]) **Osterrieth:** Haager Konferenz, S. 64 ff.

Wenn nach Art. 7 P. Ue. ein Zeichen in der Schweiz auch für Erzeugnisse, die vom Rechtsverkehr ausgeschlossen sind, eingetragen werden muss, so ist die Natur des Erzeugnisses, für die das Zeichen bestimmt ist, für dessen Schutzfähigkeit doch nicht bedeutungslos. Da das Erzeugnis dem Rechtsverkehr entzogen ist (also nicht Ware im technischen Sinne bedeutet), so kann das Zeichen nicht markenmässig verwendet werden, und nach 3 jährigem Nichtgebrauch kann auf Löschung geklagt werden, Art. 9 Al. 1* M. G.

Ist ein Zeichen in einem der Unionsländer regelrecht hinterlegt worden, so kann sein Inhaber binnen 6 Monaten seit der Hinterlegung im Ursprungslande in der Schweiz ein Prioritätsrecht beanspruchen, d. h. die Anmeldung in der Schweiz äussert ihre Wirkung schon vom Zeitpunkt der ersten Anmeldung im Ursprungsland an, Art. 4 lit. a* P. Ue. Ein Dritter wird dadurch gehindert, die Marke des Berechtigten, sobald sie im Ursprungsland hinterlegt worden ist, schnell zu usurpieren, in der Schweiz anzumelden und so den Berechtigten am Gebrauche des Zeichens zu hindern. Natürlich kann das Prioritätsrecht nicht geltend gemacht werden gegenüber einem Dritten, der zur Zeit der ersten Anmeldung im Ursprungslande das Zeichen in der Schweiz schon markenmässig verwendet hat. Art. 4, lit. a* P. Ue.[11]).

Endlich ist noch zu bemerken, dass Kollektivmarken, die im Ursprungslande regelrecht hinterlegt sind, in der Schweiz ebenfalls eingetragen und geschützt werden müssen. Art. 7bis P. Ue.

III. Die Verhältnisse der Ausländermarken nach den Bestimmungen des M. G.

Sofern die internationalen Markenrechtsverhältnisse nicht durch die Pariser Uebereinkunft geregelt werden, greifen die Bestimmungen der Art. 7 Ziff. 2 und 3* und 7bis Al. 6* M. G. Platz. Markenzeichen von Gewerbetreibenden, deren Geschäftssitz sich nicht in der Schweiz befindet, werden als Auslandsmarken betrachtet. Verbandszeichen sind dann Auslandsmarken, wenn der Sitz der juristischen Person, der Trägerin des Zeichens,

---

[11]) **Hagens:** S. 340 ff.

nicht in der Schweiz ist. Die Auslandsmarken können in der Schweiz nur eingetragen und geschützt werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Wenn der ausländische Staat der Schweiz Gegenrecht hält, die schweizerischen Marken, Einzelzeichen und Verbandszeichen, ebenfalls schützt. Art. 7, Ziff. 2 und Ziff. 3, Satz 2*, Art. 7 bis, Al. 6* M. G. Dabei kann aber nur verlangt werden, dass er die schweizerischen Marken den seinen gleichstellt. Nicht erforderlich ist, dass die schweizerischen Marken in dem betreffenden Staate den gleichen Rechtsschutz geniessen, den ihnen das M. G. zukommen lässt[12]). Dieses Gegenrecht kann in einem Staatsvertrag niedergelegt sein, es kann durch eine Gegenseitigkeitserklärung geschaffen sein, es kann sich aber auch aus der Gesetzgebung oder Rechtsprechung des auswärtigen Staates ergeben. Die Staatsverträge, welche früher die Schweiz mit verschiedenen Staaten abgeschlossen hatte, sind heute grösstenteils durch den Beitritt dieser Länder zur P. Ue. gegenstandslos geworden, auch wenn eine ausdrückliche Aufhebung der einzelnen Verträge vielfach nicht erfolgte. Beispielsweise ist zu erwähnen, dass der Staatsvertrag zwischen England und der Schweiz vom 6. November 1880 durch den Beitritt beider Staaten zur P. Ue. seine Bedeutung in grossem Umfange verloren hat. Er äussert seine Wirkung nur noch in der Weise, dass die Schweizer Marken in den englischen Kolonien und die Kolonialmarken in der Schweiz, soweit diese Kolonien der P. Ue. nicht angehören, geschützt werden müssen.

Indem wir auf eine Darstellung solcher Staatsverträge, Gegenseitigkeitserklärungen u. dgl. verzichten, begnügen wir uns mit der Aufzählung derjenigen Länder, deren Zeichen in der Schweiz eingetragen und geschützt werden: Aegypten, Argentinien, Chile, Indien (britisch), Kolumbien, Kongo (belgisch), Liechtenstein, Neuseeland, Neusüdwales, Palästina, Philippinen, Transval, Trinidad, Uruguay, Viktoria, Queensland[13]).

2. Wenn der Geschäftsbetrieb des Gewerbetreibenden sich in dem Staat befindet, welcher der Schweiz Gegenrecht hält. Dieser Geschäftsbetrieb kann Haupt- oder Zweigniederlassung

[12]) **Dunant:** S. 515 ff.

[13]) Geschäftsbericht des Bundesrates von 1928, S. 11 ff.

sein. Inhaber dieses Geschäftsbetriebes können physische und juristische Personen, juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechtes sein, insbesondere öffentliche Verwaltungen nach Massgabe des Rechts des betreffenden ausländischen Staates, Art. 7 Ziff. 2 und 3* M. G.

Bei Verbandszeichen muss die Vereinigung der Gewerbetreibenden ihren Sitz in diesem Staate haben. Das Gleiche gilt, wenn Träger des Verbandszeichens eine öffentlich-rechtliche juristische Person ist. Die Geschäftsbetriebe ihrer Mitglieder müssen sich ebenfalls in diesem Staate befinden, Art. 7 bis, Al. 6* M. G.

3. Wenn das Zeichen, für das in der Schweiz Schutz beansprucht wird, in seinem Ursprungslande ebenfalls geschützt ist. Der Ausdruck „geschützt" ist aber nicht in wörtlichem Sinne zu verstehen. Er kann bloss bedeuten: „Formrichtig eingetragen". Welche Wirkung dann der Eintragung zukommt, richtet sich nach dem Recht des Ursprungslandes der Marke. Art. 7, Ziff. 2 und 3* und 7 bis, Al. 6* M. G. stellen, wie die P. Ue., das Prinzip der akzessorischen Natur der Auslandsmarke auf. Es ist aber auch hier zu betonen, dass die Auslandsmarke auch dann in der Schweiz zu schützen ist, wenn sie in ihrem Ursprungslande nach der Eintragung in der Schweiz schutzlos erklärt worden ist, sofern sie den Bestimmungen des schweizerischen Rechtes entspricht[14]).

Den Rechtsschutz des schweizerischen M. G. kann eine solche Marke erst dann beanspruchen, wenn sie im schweizerischen Markenregister eingetragen ist. Das Ausländerzeichen kann aber nur dann eingetragen und geschützt werden, sofern es den im M. G. aufgestellten Grundsätzen entspricht, d. h. die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit eines solchen Zeichens beurteilen sich nur nach schweizerischem Recht.

Diese Ausführungen betreffend den Schutz einer Ausländermarke in der Schweiz erleiden durch Art. 36* M. G. noch eine Einschränkung. Wenn eine Ausländermarke eine Herkunftsbezeichnung oder gewerbliche Auszeichnung enthält und den Voraussetzungen eines schutzfähigen Zeichens entsprechen würde,

---

[14]) A. M. B.G.E. 24, II, S. 56.

so wird ihr der Rechtsschutz dann abgesprochen, wenn der Inhaber des Zeichens, der nicht in der Schweiz wohnt, ein Angehöriger eines Staates ist, welcher den Herkunftsbezeichnungen und gewerblichen Auszeichnungen der Schweizer Marken keinen Schutz gewährt. Ist Inhaberin einer solchen Marke eine juristische Person, die in einem Staate ihren Sitz hat, wo derartige Bezeichnungen keinen Schutz geniessen, so kann sie eine solche Marke in der Schweiz ebenfalls nicht eintragen und schützen lassen. Physischen Personen, die Inhaber von Marken mit gewerblichen Auszeichnungen oder Herkunftsbezeichnungen sind, kann dann der Schutz in der Schweiz für diese Zeichen nicht gewährt werden, wenn zwar der Staat, in welchem sie ihren Wohnsitz oder ihren Geschäftsbetrieb haben, solche Zeichen schützt, hingegen das Heimatland der Zeichenberechtigten sie schutzlos hält[15]).

Eine ausländische Marke, deren Zeichenberechtigter seinen Geschäftsbetrieb in einem Lande hat, das der Schweiz in Markensachen kein Gegenrecht hält, kann in der Schweiz zwar nicht eingetragen werden und den Schutz des M. G. beanspruchen. Wohl aber hindert nichts, ihr den Schutz des Art. 48 O.-R. zu gewähren[16]).

III. Die formellen Voraussetzungen der Schutzfähigkeit.

Eine Ausländermarke, die den Voraussetzungen der P. Ue. oder den Art. 7* und 7 bis* M. G. entspricht, kann im schweizerischen Markenregister nur dann hinterlegt werden, wenn die gleichen Förmlichkeiten beobachtet werden, die für eine schweizerische Marke vorgeschrieben sind. Sofern es sich um die Eintragung einer Ausländermarke handelt, die nicht Unionsmarke ist, sind der Anmeldung oft Beweismittel beizulegen, woraus ersichtlich ist, dass der ausländische Staat der Schweiz in Markenrechtssachen Gegenrecht hält. Bei Unionsmarken sind Beweismittel über die Staatsangehörigkeit des Anmelders oder über die gewerbliche oder Handelsniederlassung beizulegen. Bei den andern Auslandsmarken hat sich der Anmelder stets über den Ort seines Geschäftssitzes auszuweisen.

---

[15]) z. T. a. M. **Dunant:** S. 526 ff.

[16]) **Dunant:** S. 522 ff.

Bei allen Auslandsmarken muss stets der Nachweis erbracht werden, dass das Zeichen im Ursprungslande formrichtig eingetragen ist[16a]).

Die Bestimmung, dass Ausländermarken in der Schweiz bloss dann zu schützen seien, wenn sie in der Schweiz hinterlegt worden sind, erleidet eine Ausnahme durch die Madrider Uebereinkunft vom 14. April 1891 betreffend die internationale Eintragung der Fabrik- und Handelsmarken mit Revisionen in Brüssel vom 14. Dezember 1900, Washington vom 2. Juni 1911 und Im Haag, vom 6. November 1925, die zwischen verschiedenen Unionsstaaten der P. Ue. abgeschlossen worden ist[17]). Die Angehörigen der vertragsschliessenden Länder dieser „union restreinte", oder die Angehörigen derjenigen Länder, die zwar der union restreinte nicht beigetreten sind, aber in ihr Wohnsitz oder tatsächliche und wirkliche gewerbliche oder Handelsniederlassung haben, geniessen in allen andern vertragsschliessenden Ländern Markenschutz, sofern sie die im Ursprungslande eingetragene Fabrik- und Handelsmarke beim internationalen Bureau in Bern durch Vermittlung der Behörden des Ursprungslandes hinterlegen Art. 1* und 2* Madrider Ue. Betreffend Auslegung der verschiedenen Begriffe wird auf das früher Gesagte verwiesen. Das internationale Bureau in Bern trägt die Zeichen in ein Register ein und zeigt sie den Behörden der verschiedenen Länder, also auch denen der Schweiz an. Das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum kann nun aber erklären, dass die international registrierte Marke in der Schweiz gemäss Art. 6, Al. 1 bis 3 P. Ue. vom Rechtsschutze ausgeschlossen sei. Wird der Bestand des Zeichens durch das eidgenössische Amt nicht angefochten, so wird es in der Schweiz geschützt, wie wenn es unmittelbar bei uns hinterlegt worden wäre: Art. 4* der Madrider Ue. Das Prioritätsrecht kann dann geltend gemacht werden, wenn das Zeichen binnen 6 Monaten seit seiner Eintragung im Ursprungsland international registriert worden ist. Art. 4* Madrider Ue. und Art. 4* P. Ue.

16a) V. O. zum M. G. v. 24. April 1929, Art. 6, Ziff. 5, lit. b.

17) Ausser der Schweiz gehören ihr an: Belgien, Danzig, Brasilien, Deutschland, Frankreich, Italien, Jugoslawien, Kuba, Luxemburg, Marokko, Niederlande, Oesterreich, Portugal, Rumänien, Spanien, Tschechoslowakei, Tunis, Türkei, Ungarn.

IV. Die Ueberprüfung der Schutzfähigkeit einer Auslandsmarke.

Sämtliche Ausländermarken, die beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum zur Eintragung ins Markenregister angemeldet werden, unterliegen der administrativen Ueberprüfung durch diese Amtsstelle, wie auch derjenigen des Justiz- und Polizeidepartements. Das Gleiche gilt, wie bekannt, für die international registrierte Marke.

Gegen die Verfügung dieser Behörden bezüglich Verweigerung der Eintragung, Anordnung der Löschung oder der Zurückweisungserklärung gemäss Art. 5, Madrider Ue. kann die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ergriffen werden.

Abgesehen von der administrativen Ueberprüfung kann die Ausländermarke stets noch durch die Gerichte auf ihre Schutzfähigkeit untersucht werden. Dies kann auch durch Art. 5, Al. 4, Madrider Ue. nicht ausgeschlossen werden.

Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des M. G. über die eingetragene Schweizermarke, sodass wir hier auf das II. Kapitel, § 7 unserer Arbeit verweisen können.

V. Die nicht eingetragene Ausländermarke kann auf ihre Schutzfähigkeit wie die nicht eingetragene Schweizermarke nur durch die Gerichte überprüft werden (I. Teil II. Kapitel, § 7).